

## **Modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de violación**

**Boletín N°11714-07**

### **Antecedentes.**

El 7 de julio del año 2016 en Pamplona, España, durante las fiestas de San Fermín, una joven mujer fue atacada por 5 hombres, quienes en principio la habrían acompañado hasta su auto, pero en el camino la redujeron, la sometieron y la penetraron por vía vaginal, anal y bucal. Las declaraciones de la víctima, consistentes durante todo el proceso dieron cuenta de que mantenía una actitud pasiva, no oponiendo resistencia, pero tampoco consintiendo en la agresión. El grupo de agresores, compartió filmaciones de los hechos entre sí, y llamándose a sí mismos “La manada”, nombre por el cual se ha conocido el caso de manera internacional. El día 28 de abril de 2018 se dio a conocer la sentencia decretando nueve años de cárcel por abuso sexual continuado para los cinco integrantes de “La Manada”, excluyendo el delito de violación, pues según la legislación española, para la concurrencia de intimidación como elemento necesario del tipo en el caso de la violación, debió existir “una amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual”, cuestión que no ocurrió en la especie según el tribunal, debido a que consideró que la joven ingresó de manera voluntaria al portal donde fue atacada. Esta sentencia ha generado una gran indignación en no sólo en España, sino que en diversas partes del mundo.

En Chile, el día 29 de abril de 2018, se conoció la denuncia de un caso semejante, en el cual una joven de 28 años fue violada por cinco personas en las cercanías del Estadio Nacional, habiéndose corroborado la violación mediante las lesiones constatadas en un centro asistencial al que fue trasladada con posterioridad.

Otro caso terrible de violación por múltiples agresores fue el vivido por Gabriela Marín Mejías, una joven de 23 años, parvularia de profesión y madre de dos niños, quien fue violada por tres agresores el 7 de agosto de 2012 en San Fernando. Gabriela fue brutalmente agredida por sus atacantes, quienes la golpearon y la penetraron incluso haciendo uso de piedras, algunas de las cuales fueron extraídas desde su vagina al recibir la posterior atención médica. Dos de los atacantes que contaban con antecedentes penales, fueron identificados por Gabriela, sin embargo, el tribunal los absolvió aduciendo no haber hallado pruebas suficientes. Luego de toda la revictimización sufrida en el proceso y la ausencia de justicia, Gabriela decidió terminar con su vida, dejando solamente algunas breves cartas rogando por que alguna vez se haga justicia para su caso.

Estos casos nos instan a revisar ciertas materias relacionadas con las agresiones sexuales que han sido tipificadas en nuestra ley penal.

## **Los delitos contra la libertad sexuales**

La libertad y la indemnidad sexual, así como todo su desarrollo, son un bien jurídico fundamental, cautelado y tutelado por el derecho internacional de los derechos humanos, y en consecuencia todos los Estados deben garantizarlos y resguardar que en ningún caso sean vulnerados o puestos en riesgo o amenaza. personas. Así, Chile firmó y ratificó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y mediante el Decreto Supremo 789 de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra promulgado en nuestro país.

Existen diversas normativas en el mundo, que siguiendo las determinaciones establecidas en la Convención, sancionan la violencia sexual contra las mujeres, niñas y adolescentes, y que tipifican como delitos los gravísimos hechos que constituyen la violación, el abuso sexual, el acoso y hostigamiento sexual, el forzamiento a la prostitución y la explotación de personas para el comercio sexual, la generación y comercialización de material pornográfico con menores de edad, la trata de personas con distintos fines, entre ellos los de índole sexual.

Chile cuenta con un marco jurídico legal sobre prevención y sanción de la violencia contra la mujer, y si bien, lamentablemente la Constitución Política de la República no contempla de manera expresa la protección de la libertad e indemnidad sexual, en el capítulo III artículo 19°, se establece en sus numerales 1° y 7° la protección del *“derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”* y el *“derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”*; lo cual engloba el ámbito de la libertad e indemnidad sexual. También en su numeral 9° se resguarda el *“derecho a la protección de la salud”* la cual también necesariamente debe referirse a la salud sexual. En materia legal es posible destacar la Ley 19.617 sobre Delitos Sexuales de 1999; la Ley 20.066 que sustituyó a la Ley 19.325 sobre Violencia Intrafamiliar VIF de 1994; la Ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual entre otras.

### **El delito de violación y el consentimiento**

En materia de violación, la norma matriz se encuentra en el artículo 361 del código penal, estableciendo el tipo penal que se sanciona mediante la comisión de este delito en tres hipótesis específicas:

La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1° Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Por otra parte, en el artículo 362 del mismo código estipula la hipótesis de la violación de menor de 14 años, para la cual basta sólo el acceso carnal, sin mediar ninguna otra circunstancia.

Los elementos del tipo penal del delito de violación son el acceso carnal, esto es penetración sexual por vía vaginal, anal o bucal y ya falta de voluntad de la víctima, circunstancia que se produce en 3 casos: 1.- Uso de fuerza o intimidación, vale decir la violencia física o las amenazas se utilicen en contra de la víctima para acceder carnalmente a ella; 2.- Privación de razón o sentido de la víctima, lo cual le haría imposible a la víctima manifestar su voluntad, ya sea porque sufre de una condición cognitiva particular que le impide prestar su consentimiento, o porque se encuentra en una situación tal que no puede resistirse al agresor; y 3.- El caso de las personas menores de 14 años donde la voluntad de la víctima no es relevante para la determinación del delito.

En relación a lo anterior, y en particular en los casos de violencia o intimidación y de privación de razón o sentido de la víctima, hay un punto crucial en la tradición dogmática penalista, y es que se pone en manos de la víctima la aptitud de repeler la agresión, y sólo una vez constatada la imposibilidad de resistir se plantea la existencia de la violación. Pareciera que, para el derecho penal, las mujeres son violadas por su incapacidad de resistirse y no porque alguien decidió vulnerar su autonomía personal y libertad sexual prescindiendo de su consentimiento.

Considerando lo anterior, una de las principales críticas que se hace al derecho penal, y en particular nuestro arcaico y conservador Código Penal, dice relación con la poca rigurosidad con que se trata la ausencia de consentimiento en los casos en que las víctimas son forzadas, manipuladas o amenazadas de manera tal que terminan accediendo a ser objeto de acceso carnal. Basta que haya una manifestación de consentimiento, al decir de la argumentación de texto para que se entienda que el agresor que obtuvo ese consentimiento forzado no comete ningún delito. O peor aún, se considera que la falta de oposición, la inexistencia de resistencia de la víctima frente a la agresión del victimario, genera un principio de consentimiento que sería suficiente para la exclusión de la antijuridicidad.

Lo que se necesita es justamente romper con esa mirada tradicionalista y conservadora, además de profundamente equivocada, que consiste en entender que las personas, y en particular las mujeres, están siempre disponibles y dispuestas a tener relaciones sexuales, salvo que manifiestamente expresen lo contrario. Dejar en claro en primer lugar que “no significa no”, pero que, además, el silencio o la inacción de la víctima jamás puede considerarse como una manifestación de consentimiento en favor del agresor. Acá la tradición dogmática nos presenta comentarios tan desafortunados como los de Soler, que exige poner la alerta para no penalizar “la discreta energía con que el varón vence el pudor de

la doncella, que en el fondo desea y consciente”, dando a entender que la norma común es que la mujer está en general presta al acto sexual y sólo excepcionalmente adopta un connato de resistencia.

El desvalor presente en los delitos sexuales ha variado en el transcurso del tiempo desde la necesidad de proteger el derecho patriarcal del padre o del esposo, pasando por el honor de la familia, hasta llegar a la actual tutela respecto del daño físico y psíquico provocado en la víctima. Sin embargo, hoy en día la esfera de protección relativa a los delitos sexuales dice más bien relación con la autonomía individual de las personas y con su libertad e indemnidad sexual, donde la manifestación de consentimiento juega un rol fundamental.

### **El ataque en grupo y la ausencia de consentimiento.**

Un factor común y que no tiene expresa respuesta en nuestro ordenamiento es la violación cometida en grupo, para determinar si se cumple en concreto el tipo penal bastando la circunstancia de ataque por más de una persona. Una respuesta sencilla consistiría en afirmar que en estos casos concurre la segunda hipótesis de la agravante contenida en el artículo 12 N° 11 del Código Penal, 11° “Ejecutarlo con auxilio (...) de personas que aseguren o proporcionen la impunidad”, cuestión que en general sería correcta.

Sin embargo, en el caso de la exigencia de fuerza o intimidación, la circunstancia de ejecutarse el delito conjuntamente con otras personas, y en particular el delito de violación, nos lleva a pensar que es severamente más difícil que la víctima haya podido repeler o impedir el ataque que cuando el agresor es uno sólo, y que la sola ocurrencia de la agresión sexual ejercida por un grupo es razón suficiente para presumir la ausencia de consentimiento. Para definir si se puede entender falta de voluntad de la víctima, es necesario poner el acento en la asimetría de poder que se produce al haber más de un sujeto activo o al prevalerse de la participación de otros para la comisión del delito. En estas situaciones, comprender que la víctima deba sostener la carga de la prueba respecto a su falta de consentimiento parece abusivo y desproporcionado, y por eso una solución correcta es invertir dicha carga en relación a aquellos casos donde la ausencia de consentimiento en el acceso carnal pareciera ser más evidente, como cuando hay señales de violencia en la víctima o cuando ha sido agredida por varios agentes.

Es por todas estas razones que las diputadas y diputados abajo firmantes venimos en proponer el siguiente:

## **PROYECTO DE LEY**

Sustitúyase el artículo 361 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 361: El acceso carnal sin el consentimiento de la víctima, ya sea por vía vaginal, anal o bucal, constituye violación y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

La mera inacción o falta de resistencia de la víctima no constituye manifestación de consentimiento.

Se entenderá, especialmente, que no hay consentimiento de la víctima en cualquiera de los casos siguientes:

- 1º Cuando se usa fuerza o intimidación;
- 2º Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponer resistencia;
- 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima; y
- 4º Cuando haya participación de más de una persona en la perpetración de los hechos.

KAROL CARIOLA OLIVA  
H. DIPUTADA DE LA REPÚBLICA