

ANÁLISIS DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL EN ESPACIOS PÚBLICOS O DE LIBRE ACCESO PÚBLICO SIN CONTACTO, DEL ARTÍCULO 494 TER DEL CÓDIGO PENAL

Gloria González Figueroa*

RESUMEN: El acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público, es una forma de violencia sexual y de género pues afecta mayoritariamente a las mujeres, esta ha sido aceptada o a lo menos invisibilizada en nuestra sociedad. En cumplimiento de las obligaciones adoptadas por Chile en diversos instrumentos internacionales y respuesta al reclamo ciudadano de movimientos sociales que exigían una legislación que reconozca y sancione estos hechos, se dicta la Ley 21.153 en el año 2019 sobre acoso sexual en espacios públicos, que crea un nuevo tipo penal, este es el acoso sexual callejero sin contacto corporal, el cual analizaremos en este trabajo, tratando de determinar si se trata de una forma de violencia de género, cuál es el bien jurídico protegido, describir el enfoque que deben tener las diligencias de investigación, además de analizar los elementos del delito, enfocándonos en el requisito de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, que es en definitiva lo que debe discernir el juez, que situación posee esta característica, cual es el criterio que debe utilizar al momento de juzgar para determinar si se configura o no el tipo penal.

I. Introducción

En el mes de abril del año 2019 se promulgó la Ley 21.153 sobre acoso sexual en espacios públicos, con el objetivo de llenar un vacío en nuestra

* Abogada de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Concepción. Correo: gloria.gonzalez.figueroa@gmail.com.

legislación y responder a un fenómeno de larga data, esto es el acoso sexual callejero, regulando el abuso sexual por sorpresa, la captación de imágenes de genitales u otra parte íntima y el acoso sexual sin contacto corporal, y este trabajo de investigación se centrará en este último. El nacimiento de esta normativa está indiscutiblemente relacionado con las demandas de movimientos sociales extranjeros y luego nacionales, que reclamaban la necesidad de visibilizar y castigar el acoso sexual hacia las mujeres, incluyendo en la voz “mujer” a niñas, adolescentes y mujeres adultas; así como dar cumplimiento a pactos internacionales, tales como la Convención Belém do Pará, que describe que la violencia contra las mujeres abarca el acoso y la intimidación sexual en el lugar de trabajo, instituciones educativas, establecimientos de salud y en cualquier otro lugar. Estos movimientos sociales tuvieron un rol fundamental poniendo en la palestra un tema del que no se hablaba en nuestro país, junto con realizar acciones de información a la comunidad y presentar el resultado de encuestas que diagnosticaron la alarmante realidad, destacando el rol del Observatorio Contra el Acoso Callejero.¹

Antes de esta modificación legal, las conductas de acoso callejero sin contacto físico se reconducían a la norma del artículo 373 del Código Penal, que sanciona el delito de ofensas al pudor, lo que desde luego era un error, pues el bien jurídico que afecta el acoso sexual callejero es la libertad e integridad sexual y no cuestiones relacionadas con la moralidad pública. Tampoco era posible perseguir estos hechos como abuso sexual del artículo 366 del Código Penal, pues no implican contacto corporal con la víctima o que afecte genitales, ano o boca.

Esta nueva regulación legal de la Ley 21.153, significó una reivindicación de los derechos de las mujeres y fue celebrada por gran parte de la comunidad social, existiendo en alguna parte de la población disconformidad, en que se argüían razones, de las que distintos medios de comunicación

¹ En octubre del 2015 presentaron los resultados del estudio “¿Está Chile dispuesto a sancionar el Acoso Callejero? Estudio de caracterización y opinión sobre el acoso sexual callejero y sus posibles sanciones”. Los resultados establecieron que el 85% de las mujeres encuestadas ha sufrido acoso sexual callejero en los últimos 12 meses, de ellas aproximadamente, el 36% padece acoso sexual callejero por lo menos una vez a la semana y una de cada diez mujeres encuestadas lo sufre una o más veces al día.

hicieron eco, como el que ya no se podría “piropear”, lo que a todas luces caricaturiza y minimiza la problemática real y permanente.

Hay que tener presente que fue en el año 2005 en el ámbito del derecho del trabajo, que por primera vez nuestra legislación hizo referencia específica al acoso sexual, delimitándolo a un contexto laboral.²

El proyecto de ley permaneció desde el 2011 en el Congreso, donde la principal traba era la punibilidad de la conducta consistente en actos no verbales o verbales que no impliquen contacto corporal; fundamentado aquello en la característica de última ratio del derecho penal, la vulneración a el principio de intervención mínima e inconvenientes probatorios que acarrearían el colapso del sistema criminal.

Finalmente, la Ley 21.153 modifica el Código Penal y crea el delito de acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público, acoso sexual callejero sin contacto, contenido en el artículo 494 ter del Código Penal, donde se sanciona al que sin el consentimiento de la víctima realizare un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, mediante actos de carácter verbal o por medio de gestos, acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito.³ Esta norma viene a responder a una de las formas más habitual y cotidiana de violencia de género, por muchos años invisibilizada, arraigada en nuestra sociedad e incluso aceptada. No se han erradicado aún en nuestros días, creencias como que una mujer es agredida por no haber opuesto la suficiente resistencia; la culpable por no denunciar; la que provoca por su forma de vestir o comportarse y la que dice que no cuando en realidad quiere decir que sí.⁴

Si bien el texto definitivo no menciona la perspectiva de género, es innegable que el acoso sexual callejero es una forma de violencia de género, pues las cifras son claras en cuanto a que las mujeres son las principales

² Ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, 2005.

³ Ley N° 21.153 que modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos, 2019.

⁴ MARÍA ISABEL NÚÑEZ, *Libertad Sexual y Violencia Sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 103.

víctimas de estos hechos, esta forma de violencia causa un daño psíquico y físico, impidiendo a las mujeres desarrollar su vida de forma normal, teniendo que abstenerse de transitar por ciertos lugares o a ciertas horas y todas las personas tienen Derecho a la Ciudad, como un derecho colectivo, que resguarda especialmente la igualdad de género y a las personas más vulnerables, en el uso equitativo de los espacios públicos, sobre los principios de sustentabilidad, inclusión, participación y seguridad.⁵ Es decir, los efectos de este atentado contra la libertad e indemnidad sexual, se ramifican y afectan múltiples áreas de la vida cotidiana.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el delito de acoso callejero sin contacto físico en nuestra legislación, señalar por qué es una forma de violencia de género, determinar cuál es el bien jurídico protegido, describir el enfoque que deben tener las diligencias de investigación desarrolladas por el persecutor, además de analizar los elementos del delito, enfocándonos en el requisito de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, pues creemos que es la que presenta mayores problemas en cuanto a la interpretación que debe realizar el juzgador; también analizaremos tres fallos, que abordan tópicos interesantes, señalando desde ya que no hay abundante jurisprudencia aún pues la ley que crea el delito, se promulgó en abril del año 2019, por lo que de modo obligado a raíz de la pandemia meses más tarde de su entrada en vigencia, la población debió permanecer en confinamiento, minimizando así el tránsito corriente de las personas, lo que disminuyó las denuncias, por lo que resulta importante tener presente la regulación actual en Chile, pues el retorno a un estado de normalidad, hará aumentar la ocurrencia de estos hechos.

⁵ PAOLA TAPIA, *Ideas centrales para la nueva Constitución, Mujer y derecho a la ciudad*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 273.

II. Panorama de esta figura en el derecho internacional y comparado

La violencia de género contra las mujeres ha sido reconocida hace décadas por organismos internacionales, así las Naciones Unidas señala que la violencia de género contra las mujeres es una forma de discriminación y una violación a los derechos humanos, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer fue ratificada por Chile en 1989 y su implementación comenzó en 1990; define discriminación como “distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”; dicho pacto establece además la obligación de los estados miembros de adoptar las medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las correspondientes sanciones, que prohíban toda discriminación contra la mujer. El comité de esta Convención, mediante las recomendaciones generales N° 19 y N° 35, define la violencia contra las mujeres como “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, consistente en actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad”.

La Organización Mundial de la Salud, define la violencia sexual como “todo acto sexual, la tentativa de consumir un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”.⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la violencia sexual comprende “acciones que se cometen en una persona sin

⁶ OMS, Comprender y abordar la violencia sexual contra las mujeres: violencia sexual, 2013, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/98821> consultada 31 de octubre 2022.

su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”.⁷

Por su parte la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará, fue ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996, y publicada en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1998; define la violencia de género como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”; este instrumento internacional es fundamental, porque establece por vez primera, el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, instaurando que aquella es una forma de violación a los derechos humanos y manifestación de la desigualdad histórica entre hombres y mujeres; impone a los estados miembros la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, además de adoptar las medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, amenazar, dañar, intimidar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad.

Según datos de ONU Mujeres, 177 de los 189 Estados que han firmado la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, no cuentan con legislación contra el acoso callejero.⁸ A nivel mundial existen avances legislativos encaminados a prohibir el acoso sexual en espacios laborales y docentes, pero se ha dejado de lado el que ocurre en espacio público.⁹

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2006, Caso Penal Miguel Castro Castro vs Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf (consultada 4 de noviembre de 2022).

⁸ Observatorio Violencia, Fundación Mujeres: “¿Cómo está legislado el acoso sexual callejero en España y en el mundo?” <https://observatoriovioencia.org/esacosofm-como-esta-legislado-el-acoso-sexual-callejero-en-espana-y-en-el-mundo/> (consultada 1 de noviembre de 2022).

⁹ ONU MUJERES, *Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos*, 2019, p. 46.

En cuanto a los países Latinoamericanos que adoptaron esta figura penal, debemos destacar a Perú, que primer país de nuestra región en legislar sobre el acoso callejero. Desde el 25 de marzo de 2015 cuenta con la Ley 30.314 para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos y al igual que en nuestro país el posicionamiento del tema en la agenda pública se inició a partir de una encuesta realizada por el Observatorio Ciudadano de Acoso Sexual Callejero del Perú, junto al trabajo de diversas organizaciones que impulsaban temas relacionados a los derechos de las mujeres.

La ley peruana define el acoso sexual en espacios públicos como “la conducta física o verbal de naturaleza o connotación sexual, realizada por una o más personas en contra de otra u otras, quienes no desean o rechazan estas conductas, por considerar que afectan su dignidad y sus derechos fundamentales, como la libertad, la integridad y el libre tránsito, creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios públicos”.¹⁰ Es a propósito de esta ley que el 12 de septiembre de 2018, se publicó el Decreto Legislativo N° 1410, que incorpora al Código Penal Peruano el artículo 176-B que tipifica el acoso sexual en términos amplios respecto del lugar de comisión, que puedes ser cualquiera, e incluye la forma de comisión a través de medios tecnológicos; la norma prescribe: “El que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36. Igual pena se aplica a quien realiza la misma conducta valiéndose del uso de cualquier tecnología de la información o de la comunicación. La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36, si concurre alguna de las circunstancias agravantes: 1. La víctima es persona adulta mayor, se encuentra en estado de gestación o es persona con discapacidad. 2. La víctima y el agente tienen o han tenido una relación de pareja, son o han sido convivientes o cónyuges, tienen vínculo

¹⁰ Ley N° 30.314, para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, 2015 (Perú).

parental hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 3. La víctima habita en el mismo domicilio que el agente o comparten espacios comunes de una misma propiedad. 4. La víctima se encuentra en condición de dependencia o subordinación con respecto al agente. 5. La conducta se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, educativa o formativa de la víctima. 6. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años”.¹¹ En septiembre de 2019, se dicta en Perú la primera sentencia por acoso sexual del citado 176-B, en que se sancionando con pena efectiva, específicamente a una condena de cuatro años y ocho meses de prisión, por tratarse de una figura agravada, ya que la víctima era menor de edad. La conducta sancionada se describió de la siguiente manera: *“los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2018, en el que vigiló, persiguió, hostigó, y asedió a la menor agraviada de iniciales F.L.L.V. sin su consentimiento, lo cual lo realizaba vía mensajes y llamadas enviadas por el aplicativo de WhatsApp del celular manipulado por el investigado, al celular de la menor agraviada, actos que tuvieron la finalidad de establecer contacto con la agraviada pues buscaba verla y encontrarse con ella para llevar a cabo actos de connotación sexual, amenazándola con imprimir una foto en que la menor muestra sus pechos (senos) y botarlo en el colegio de la menor para que todos la conozcan como la perra de Monserrat”*.¹²

En Argentina el año 2017 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se publica la Ley sobre Prevención del Acoso Sexual Callejero cuyo principal objetivo es prevenir el acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público, basado en el género, identidad u orientación sexual; que considera acoso callejero “las acciones físicas o verbales con contenido sexual contra una persona que no quiere participar de aquellas, tales como comentarios sexuales, persecución o arrinconamiento, masturbación, mostrar partes íntimas del cuerpo y gestos obscenos”; cuya sanción es una multa, trabajos para la comunidad o el arresto. La norma establece, además, la obligación de implementar campañas de concientización social y capacitaciones obligatorias a los funcionarios del Ministerio de Seguridad y Justicia sobre los alcances de la ley. Respecto a esta obligación, en nuestro país la ley 21.053

¹¹ Código Penal, Decreto Legislativo N° 635, Editora Perú, 2020. (Perú)

¹² Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Décimo Primer Juzgado Penal Unipersonal, expediente 00958-2019-4-0901-JR-PE-11, 12 de septiembre 2019.

no contempló una disposición similar, en cuanto a determinar cuáles serán las iniciativas para educar e informar a la población, con la finalidad de erradicar esta forma de violencia de género, pero desde el año 2017 permanece en el Congreso el proyecto de Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una vida libre de violencia,¹³ que menciona deberes de prevención.

En Estados Unidos de América el acoso sexual callejero *street harassment*, ha sido objeto de debate hace muchos años y existen numerosas agrupaciones de mujeres que realizan importantes trabajos de difusión de esta problemática, pese a aquello el acoso sexual en espacios públicos no está específicamente tipificado como el acoso sexual en las escuelas y en el lugar de trabajo, sin embargo, muchos comportamientos comunes de acoso callejero son ilegales; tales como miradas lascivas, silbidos, comentarios obscenos, solicitudes repetidas del número de teléfono o nombre después de haber dicho claramente que no, seguimiento, manoseos y *flashing*, que consiste en perseguir a una mujer en un espacio público para masturbarse frente a ella, grabar su reacción y luego subir el video a páginas de contenido pornográfico.¹⁴ La mayoría de los estados cuenta con leyes que permiten el castigo de estas conductas, por ejemplo, en Arizona es ilegal que cualquier persona se comunique con otra de manera acosadora o que cometa repetidamente un acto o actos que lo acosen, y define el acoso como “una conducta que está dirigida a una persona específica y que de hecho causaría que una persona razonable se alarme o moleste gravemente”; en Florida la ley de alteración del orden público es bastante amplia e incluye actos que ofenden el sentido de la decencia pública, afectan la paz y la tranquilidad de las personas que puedan presenciarlos y constituyen una alteración del orden público o alteración del orden público; y en Nevada es ilegal que alguien “utilice lenguaje profano, ofensivo o indecente o se involucre en una pelea en cualquier medio de transporte público, o interfiera o moleste a cualquier pasajero en el mismo”.¹⁵

¹³ Boletín N° 11077-07, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

¹⁴ NOTIMERICA, “¿En qué consiste el flashing o dickflash?”, <https://www.notimerica.com/sociedad/noticia-consiste-flashing-dickflash-nueva-moda-porno-acoso-mujeres-mexico-20180314193927.html#> (consultada el 6 de diciembre de 2022).

¹⁵ *Stop Street Harassment*, “El acoso callejero y la Ley”, <https://stopstreetharassment.org/strategies/sshlaw-intro/> (consultada el 6 de diciembre de 2022).

En Bélgica desde el año 2005, diversas organizaciones de la sociedad civil, se movilizaron para la promoción de una ley contra el sexismo sin prosperar, hasta el año 2012 en que una joven belga realizó un video en que mostraba el acoso que sufría al caminar por la calle, alcanzando una alta cobertura mediática, generando un debate y colocando el tema en la agenda pública,¹⁶ para que finalmente el 24 de julio de 2014 se publicara la Ley Contra los Comportamientos Sexistas, la que señala que son actos de sexismo en el espacio público “cualquier acto o comportamiento que tiene la intención manifiesta de expresar desprecio por una persona debido a su pertenencia sexual, o considerarla, por la misma razón, como inferior o esencialmente reducida a su dimensión, siempre y cuando le provoque una ofensa grave a su dignidad”;¹⁷ y la sanción consiste en prisión de un mes a un año, y/o una multa.

En España, el acoso sexual se castigaba penalmente cuando se producía en un contexto laboral o de docencia, introducido por primera vez en el Código de 1995 modificado por la reforma de 1999 que le dio un contenido más amplio, pero siempre circunscribiéndolo al contexto señalado, dejando sin castigo los casos de acoso sexual callejero. Esto ha cambiado ya que recientemente, en septiembre de este año 2022, fue publicada la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, también conocida como “ley del sí es sí”, cuyo objetivo es la protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales; definiendo en su artículo 3º a la violencia sexual como “cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital”.¹⁸ La ley contempla medidas encaminadas a la prevención y sensibilización; la responsabilidad institucional de detección de violencia sexual; garantías de especialización profesional a través de la formación de aquellos que intervienen directa o indirectamente en la prevención, detección, reparación y respuesta a la violencia sexual; se consagra el derecho de las víctimas a la

¹⁶ ONU MUJERES, cit., p. 50.

¹⁷ Ley para luchar contra el sexismo en el espacio público N° 2014000586, 2014 (Bélgica).

¹⁸ Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, Boletín oficial del Estado N° 215, 2022 (España).

asistencia especializada y el derecho a la reparación. En atención al objetivo de la Ley, se modifica el artículo 173 del Código Penal, creándose el delito de acoso callejero, castigando con penas de cinco a treinta días de localización permanente, trabajos en beneficio de la comunidad durante el mismo periodo o multa de uno a cuatro meses, a quien se dirija a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.

Podemos observar que en la tipificación del acoso sexual callejero en la legislación extranjera hay coincidencia en cuanto a la falta de consentimiento por parte de la víctima, tratándose en general de figuras menos específicas que el caso chileno.

III. Las razones para castigar penalmente el acoso sexual callejero

Para poder señalar las razones que justifican la creación de este tipo penal, lo primero que debemos determinar es el bien jurídico que se ve afectado por el delito de acoso sexual callejero sin contacto, ya que por muchos años estas conductas permanecieron sin sanción o se subsumieron en el delito de ofensas al pudor o las buenas costumbres del artículo 373 o a la falta de ofensas al pudor del artículo 495 N° 5 del Código Penal, donde el bien jurídico afectado es la moralidad pública o el pudor público, que no está referida a intereses individuales, sino a hechos o situaciones con un acentuado carácter social o colectivo, aludiendo a aquellos cánones éticos que la sociedad, o más bien, la opinión dominante en el cuerpo social considera dignos de regir el comportamiento sexual de la ciudadanía.¹⁹ Se señaló entonces que se contravendría el principio de lesividad. En cuanto al bien jurídico penalmente protegido podemos observar en la historia de la ley que se identifican muchos bienes jurídicos, tales como la honra y dignidad, la libertad personal y seguridad individual, la igualdad, la salud y la libertad sexual, pero identificar todos estos bienes jurídicos como dañados

¹⁹ LUIS RODRÍGUEZ COLLAO, *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2022, Capítulo VIII Edición Digital, p. 3.

por el delito es un error, confundiendo el efecto colateral del delito con el efecto inmediato.²⁰

Estimamos que en el acoso sexual callejero sin contacto es una forma de violencia de género, y el bien jurídico protegido es la libertad sexual y la indemnidad sexual; la libertad sexual entendida como la facultad de la persona para autodeterminarse en esta materia, sin ser compelido un abusado por otro.²¹ La libertad sexual es antes que nada libertad, es decir, independencia de la voluntad, capacidad de determinación espontánea en el ámbito de la sexualidad; este es el contenido esencial de la libertad sexual que se expande en varias direcciones, siendo una de ellas la posibilidad de rechazar las proposiciones no deseadas.²²

Por su parte, entendemos la indemnidad sexual como el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al detrimento físico, psíquico o emocional que dicha experiencia puede provocar en el común de los seres humanos, ésta alude a un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada individuo asume su vida sexual, de acuerdo con su edad, desarrollo físico y emocional, orientación sexual, escala de valores, educación, nivel de relaciones sociales y experiencias vitales previas, entre otros aspectos. Junto con esta concepción de la indemnidad sexual, es posible sostener una noción amplia de dicho bien jurídico, la cual, además de los aspectos mencionados, supone un derecho de exclusión frente a la actuación de terceros, tendiente a evitar que el sujeto pasivo o, para ser más exacto, su cuerpo, sea tratado como un objeto, en concordancia con el reconocimiento del valor supremo de la dignidad humana y de sus implicancias.²³

Por lo descrito, atendida la entidad del bien jurídico protegido, el reproche penal de esta conducta no contraviene el principio de lesividad y

²⁰ LUIS ACEVEDO, “Feminismo y Derecho Penal”, *Revista Justicia y Derecho*, Universidad Autónoma de Chile, 2020, p. 23.

²¹ JEAN PIERRE MATUS, MARÍA CECILIA RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, tercera edición, Tirant lo Blanch, 2019, p. 141.

²² ENRIQUE ORTOS BERENGUER, CARLOS SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 17.

²³ RODRÍGUEZ COLLAO, cit., p. 5.

la potestad punitiva del Estado se estaría ejerciendo para la protección de la dignidad humana y otorgar las condiciones necesarias del desarrollo material y espiritual de los individuos; así como tampoco se altera el principio de proporcionalidad pues la pena del acoso sexual callejero sin contacto, es menor que la del delito de ofensas al pudor y las buenas costumbres en que se intentaban subsumir estos hechos.

Otro de los argumentos de los detractores de la tipificación del acoso sexual callejero sin contacto, era que el castigo de las conductas asociadas a ese tipo penal implicaba una vulneración de la libertad de expresión. Se argumentaba que se perseguiría a aquellos que “piropeaban”, es decir, a aquellos que exteriorizaban su gusto por una característica física de una persona, argumentando que se castigaría a quienes realizan una acción totalmente nimia, que por lo demás se encuentra muy arraigada en la cultura chilena, aboliendo a su vez la “galantería”. Minimizando estas conductas, agregando que su tipificación constituiría una exageración, dando una gravedad innecesaria a dichos actos. En los medios de comunicación y en redes sociales repetían frases como “ya no se puede decir nada”.

En cuanto a que la tipificación del acoso callejero sin contacto vulnera el derecho a la libertad de expresión, lo cierto es que el derecho a la libertad de expresión tiene como límite la vulneración a otros derechos y libertades, y los actos de significación sexual realizados contra una víctima que transita por la vía pública, efectivamente producen una situación intimidante y humillante, un malestar psíquico y físico, lo que atenta contra su derecho a la libertad sexual y seguridad, y al derecho de verse libre de todas formas de discriminación. El intento de perpetuar la idea de que el acoso sexual callejero es inofensivo y que es resultado de un impulso natural del hombre resulta anacrónico, no es posible seguir permitiendo que una mujer deba soportar y recibir ese tipo de violencia, menos aún que se vea limitada de poder utilizar los espacios públicos con entera tranquilidad, aquello basado en la clásica noción naturalista de diferenciación entre hombres y mujeres, perpetuando la concepción de que si somos hombres, se asocia lo masculino, con atributos que responden a lo fuerte, público, dominante y racional; o

somos mujeres, en donde se nos asocia a lo femenino, con las características principales de la sensibilidad, debilidad e irracionalidad.²⁴

Por otra parte, durante la discusión parlamentaria se dio especial énfasis a las dificultades probatorias que se enfrentarían, señalando que no es atendible imponer al sistema criminal investigar acciones que no involucren contacto corporal con la víctima y que hay una clara imposibilidad de investigar acciones verbales o no verbales, por lo que aquello colapsaría el sistema y generaría expectativas inadecuadas en los denunciantes; es decir los problemas de la prueba se producirían porque víctima e imputado por lo general son personas desconocidas entre sí y estos hechos habitualmente ocurren en lugares con gran aglomeración de personas, lo que dificulta aún más la individualización del autor, sumado a la dificultad intrínseca de probar la existencia de actos de carácter verbal.

Si sostenemos la imposibilidad de investigar hechos que consistan en acciones verbales, no se podrían investigar entonces las amenazas y el trato degradante; en el mismo sentido, cuando se señala la dificultad que provoca el hecho que víctima e imputado sean personas desconocidas entre sí, tampoco podríamos investigar los robos; efectivamente, en ambos ejemplos existe dificultad, pero aquello no puede ser razón para la impunidad. Que el acoso callejero ocurra en lugares con alta afluencia de personas, no debe ser un obstáculo para su persecución, por el contrario, aquello se traduce en contar con testigos, que colaborarán con la identificación del hechor, unido al creciente uso de medios tecnológicos de vigilancia, así como al hecho de que la mayoría de las personas cuenta con un teléfono móvil que permite captar imágenes a través de fotos o videos. El cambio de mentalidad en la sociedad chilena permitirá que estos hechos no pasen indiferentes, es decir, que aquellos que observan la comisión del ilícito, sean capaces de auxiliar a la víctima y luego colaborar con una investigación. En cuanto al colapso del sistema criminal, si bien es cierto la sobrecarga de trabajo es una realidad, aquello no puede ser motivo para mantener la impunidad y seguir vulnerando los derechos de las mujeres de vivir libres de violencia, el

²⁴ PIERRE BOURDIEU, *La dominación masculina*, Editorial Anagrama Barcelona, 2000, p. 20.

camino entonces debe ser proporcionar los recursos necesarios y adecuados para el buen funcionamiento del sistema.

IV. Tipificación del acoso sexual sin contacto en espacios públicos o de libre acceso público

En la primera moción parlamentaria de abril del año 2011 el proyecto de ley tipificaba el delito con perspectiva de género como “el que acosare sexualmente a una mujer”, estableciendo además la inclusión del condenado en un registro público y fijaba sanciones para las empresas de transporte público y empresas productoras de eventos masivos si no adoptaban medidas de resguardo y preventivas de situaciones de acoso. La segunda moción parlamentaria de mayo del año 2015 no contenía en su redacción referencia al acoso callejero como violencia de género, pudiendo la víctima ser un hombre o una mujer e incorporaba como medida alternativa la asistencia del condenado a programas de sensibilización y concientización sobre el acoso sexual callejero, además de pedir disculpas públicas a la víctima; ninguna de aquellas se contiene en el texto definitivo.

Finalmente, con la promulgación de la Ley 21.153 en abril del 2019, se modifica el Código Penal, creándose el delito de acoso sexual callejero sin contacto corporal, incorporándose la norma del artículo 494 ter, donde se establece que “comete acoso sexual el que realizare en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual, capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, que consista en actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos, conductas consistentes en acercamientos, persecuciones o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito”. El tipo penal establece una cláusula expresa de subsidiaridad, operando como figura residual frente a otras conductas de mayor penalidad.

En cuanto al tipo objetivo, el sujeto activo puede ser un hombre o una mujer, tratándose entonces de un delito común; en cuanto al sujeto pasivo puede tratarse de un hombre o una mujer de cualquier edad, con especial precaución en cuanto a los menores de 14 años y las conductas de exhibicionismo, pues podría cumplirse la exigencia de que el autor realice la conducta para procurar su excitación sexual o la de otro y en este caso se

configuraría el delito de abuso sexual sin contacto del artículo 366 quáter del Código Penal.

La ejecución del acto de significación sexual debe realizarse sin mediar el consentimiento de la víctima, por lo que la demostración de que la víctima consintió en la realización de los actos de significación sexual dará lugar a una causal de atipicidad.

Que un acto tenga significación sexual no es un tema zanjado en la doctrina nacional. Un criterio adoptado es el subjetivo, en que el acto se encuentra determinado por el ánimo libidinoso del autor;²⁵ sin embargo la posición mayoritaria estima que debemos adoptar un criterio objetivo, es decir que el acto sea de aquellos que los seres humanos generalmente realizan motivados por el instinto sexual,²⁶ que se trate de una conducta que intrínsecamente posea dicha connotación.

Sin embargo, uno de los elementos más complejos de conceptualizar es que el acto delictivo sea capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante. A nuestro entender, este elemento se debe determinar de forma objetiva, analizando el efecto que puede producir en la generalidad de las personas puestas en las mismas circunstancias. Analizaremos este punto en un apartado especial, pues consideramos que será el que ocasione mayores problemas prácticos.

El acoso sexual callejero sin contacto no exige que el acto sea de relevancia, como en el caso de los abusos sexuales, la exigencia es la capacidad de provocar objetivamente una situación intimidatoria, hostil o humillante.

En cuanto al lugar de comisión del ilícito se refiere a espacios públicos y aquellos que, si bien no son espacios públicos, si son de libre acceso a él, pudiendo incluir entre otros a establecimientos de comercio en general, una discoteca o lugar donde se realice un espectáculo masivo y el transporte público.

Desde un punto de vista subjetivo, la figura sólo admite una forma de ejecución dolosa, pudiendo ser el dolo directo o eventual y por tratarse de

²⁵ MATUS, RAMIREZ, cit., p. 158.

²⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, cit., p. 19.

una falta, sólo puede ser castigado cuando alcanza la consumación.²⁷ Tal como está redactada la disposición, es claro que la situación intimidatoria, hostil o humillante es una consecuencia de la acción sexual, lo que permite afirmar que estamos en presencia de un delito de resultado.

Respecto a lo procesal, tratándose de actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos, se establece una pena de multa por lo que se sujetará a las normas del procedimiento monitorio, en cuanto a los acercamientos, persecuciones y exhibicionismo, la sanción es prisión y multa, por lo que se deben aplicar las normas del procedimiento simplificado; como es una falta, los adolescentes no responden penalmente por estas conductas, y no procede la medida cautelar de detención.

V. Provocación de una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante

Sin dudas no siempre resultará sencillo discernir las situaciones que posean estas características y la fórmula empleada por el legislador tiene términos valorativos que deben ser cuidadosamente interpretados por el juez. Durante la discusión parlamentaria se dejó fuera que se tratara de una situación “gravemente” intimidatoria, hostil o humillante, eliminándose este requisito de gravedad ya que modificaría a tal nivel el estándar probatorio que podría producir la ineficacia de la normativa en estudio.²⁸

Una situación objetivamente “intimidatoria”, podemos entenderla diferente a la intimidación como anuncio de causar un mal, sino a la creación de un entorno o contexto intimidatorio,²⁹ es decir que causa o infunde miedo, inhibiéndola; en cuanto a una situación “hostil” esta se presenta cuando se forma un clima de enemistad, confrontación o disputa con la víctima y situación “humillante” consiste en el sometimiento a un

²⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, cit. (n.20), p. 47.

²⁸ Historia de la Ley 21.153, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 123.

²⁹ SILVIA MENDOZA CALDERÓN, M.^a DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO, ALFONSO GALÁN MUÑOZ, M.^a DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, M.^a ISABEL MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.^a ISABEL GONZÁLEZ CANO, *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 85.

trato degradante, cosificando a la víctima, menospreciándola y otorgando el carácter de un simple objeto.

El hecho de que la norma contenga el término “objetivamente” introduce evidentes exigencias interpretativas, debiendo utilizarse criterios objetivos imparciales para poder determinar cuándo estaremos frente a la situación exigida por el tipo penal, dejando al margen consideraciones subjetivas de la víctima, por tanto, situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante es aquella que lo es para la generalidad de las personas, para un ciudadano medio e imparcial,³⁰ debiendo ser real a los ojos de un observador medio.³¹

A modo ejemplar señalaremos algunos hechos constitutivos de acoso sexual callejero, que han sido considerados como tal por nuestros tribunales, dictándose la correspondiente sentencia condenatoria:

– Imputado acude a un centro de salud para recibir atención de una kinesióloga a la que le dice *“la verdad no estaba preparado para ser atendido por una mujer, pero me pasa que cuando me masturbo, me queda el hombro más adolorido, por eso evito masturbarme”*.³²

– Al interior de un microbús el imputado se abalanzó sobre la víctima para intentar besarla y luego comenzó a tocar sus genitales frente a ella.³³

– Imputado en un local comercial, exhibe sus genitales a la víctima.³⁴

– Desde la calle un imputado observa a una mujer en una ventana y procede a bajarse los pantalones exhibiéndole sus genitales.³⁵

³⁰ ORTS BERENGUER, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, cit., p. 161.

³¹ ENRIQUE ORTS BERENGUER, JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2022, p. 253.

³² Juzgado de Garantía de Puerto Cisnes, 2 de diciembre de 2020, RUC 2001045853-7, RIT 543-2020.

³³ Juzgado de Garantía de Temuco, 04 de agosto de 2022, RUC 2100152216-4, RIT 1601-2021.

³⁴ Juzgado de Garantía de Temuco, 23 de noviembre de 2022, RUC 2201170669-3, RIT 7296-2022.

³⁵ Juzgado de Garantía de Antofagasta, 17 de febrero de 2022, RUC 2100800782-6, RIT 11773-2021.

– En la vía pública el imputado siguió de cerca a la víctima mientras le hablaba al oído diciendo “*Tú eres súper bonita, por qué vas tan enojona que no me hablas*”, repitiéndolo en reiteradas ocasiones, por lo que la víctima se cambió de vereda y el imputado la persigue y le dice “*Te acompaño pues, habla conmigo eres muy bonita*”.³⁶

– El imputado le manifiesta verbalmente a la víctima “*uyyy mamacita*” luego toca con sus manos sus genitales diciéndole “*aquí te tendría, que no te haría*”.³⁷

– En un microbús el imputado se sentó al lado de dos mujeres y les exhibió su pene y se masturbó delante de ambas víctimas las cuales se cambiaron de asiento no obstante el imputado las siguió para realizar los mismos actos.³⁸

– El imputado se movilizaba en silla de ruedas en dirección opuesta en la que la víctima caminaba y realizó un acercamiento a ella realizando el gesto de tocar su vagina con el dedo medio de su mano derecha, la víctima alcanzó a percatarse de esto y logró esquivarlo.³⁹

– El imputado le dice a la víctima “*igual estas buena, como no te voy a mirar si tienes la media raja guachita*”.⁴⁰

De los ejemplos anteriores podemos establecer que hay gestos inequívocos en cuanto a su capacidad de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, tales como tocar sus propios genitales frente a la víctima, así como exhibirlos; en cuanto a otros actos ejecutados por medio de gestos, actos de carácter verbal, acercamientos y persecuciones, deberán ser analizadas caso a caso utilizando el criterio objetivo.

³⁶ 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 22 de enero de 2021, RUC 1900758639-9, RIT 19259-2019.

³⁷ Juzgado de Garantía de Chiguayante, 22 de septiembre de 2022, RUC 2110043592-3, RIT 1916-2021.

³⁸ Juzgado de Garantía de San Pedro de la Paz, 16 de agosto de 2019, RUC1910028464-5, RIT 1256-2019.

³⁹ 3° Juzgado de Garantía de Santiago, 8 de agosto de 2019, RUC 1900507767-5, RIT 3316-2019.

⁴⁰ Juzgado de Garantía de Quirihue, 17 de diciembre de 2019, RUC 1901333304-4, RIT 890-2019.

VI. Investigación del acoso sexual callejero sin contacto

El Ministerio Público ha dictado el Oficio N° 277 en abril del año 2022, con los criterios de actuación en delitos de violencia sexual, donde se incluye el delito de acoso callejero sin contacto corporal del 494 ter del Código Penal y lo primero que podemos decir es que resulta apropiado encuadrarlo dentro de la violencia sexual, para así ajustarse institucionalmente a los estándares internacionales de derechos humanos, tanto respecto a las obligaciones de los órganos encargados de la investigación y persecución penal, como los relacionados con las garantías de las víctimas, particularmente de aquellas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad de sufrir este tipo de criminalidad.⁴¹

En virtud de las obligaciones asumidas en tratados internacionales, se exige a los órganos del Estado el deber de actuar con la debida diligencia, respecto a la conducción de la investigación y el eventual ejercicio de la acción penal, de forma inmediata, exhaustiva, seria e imparcial. Debe ser inmediata, actuando sin dilación a fin de evitar cualquier retardo injustificado dadas las características de los delitos de violencia sexual; debe ser exhaustiva llevando a cabo todas las diligencias necesarias y útiles para el caso en cuestión, teniendo como límite cualquier afectación a los derechos de las víctimas, evitando la realización de diligencias innecesarias o decretar reiteradamente una misma actividad investigativa; debe ser seria, dirigiendo la investigación al esclarecimiento de los hechos y si corresponde, al posterior ejercicio de la acción penal contra los responsables; y finalmente debe ser imparcial, explorando todas las líneas investigativas posibles, sin sesgos ni ideas estereotipadas.⁴²

En cuanto a las diligencias investigativas, es primordial contar con la declaración de la víctima, la que no tiene tratamiento especial, aunque se trate de niños, pues este delito no está contemplado en el catálogo de la Ley 21.057. A este respecto, es importante capacitar a las policías, para que estampen en sus informes la declaración íntegra prestada por la víctima, describiendo la dinámica de los hechos, como aquellos la hicieron sentir y

⁴¹ Oficio FN N° 277/2022, 8 de abril de 2022, Ministerio Público de Chile, p. 1.

⁴² Oficio FN N° 277/2022, cit. (n.42), p. 14.

todas las circunstancias relevantes en cuanto a la identidad del autor, lugar de ocurrencia, hora y presencia de testigos, se debe ordenar además la inspección y fijación del sitio del suceso, junto con solicitar las grabaciones de cámaras de seguridad si existieren, junto con verificar la existencia de evidencia digital o físico en poder de la víctima. Atendido a como ocurren estos hechos, es una diligencia relevante obtener la declaración de testigos de contexto, que podrán reforzar la credibilidad del relato de la víctima ante un eventual juicio, además de solicitar la información médica correspondiente a atenciones psicológicas o de otro tipo que haya tenido la ofendida.

Por las características propias del acoso callejero, es de suma relevancia tener un canal expedito para denunciar en tiempo inmediato, ya que esto facilitará la identificación del autor y la toma de declaración a testigos; por esto es de suma relevancia realizar todos los esfuerzos necesarios para la capacitación de las policías y la existencia de cámaras de vigilancia en las calles y lugares de mayor circulación de personas.

VII. Jurisprudencia

Revisaremos un caso del Juzgado de Garantía de Collipulli,⁴³ en que se detuvo en flagrancia a un sujeto por el delito de porte de arma cortante y la falta de acoso sexual callejero del artículo 494 ter N° 2 del Código Penal, se requirió verbalmente en procedimiento simplificado por los siguientes hechos:

“Con fecha 19 de diciembre del año 2019, a eso de las 16:30 horas aproximadamente, mientras el imputado J.R.O transitaba por Calle O’Carrol en intersección con calle Cruz de la comuna de Collipulli, abordó a la víctima S.M.F acercándose a ella para posteriormente tomarla fuertemente de la cintura, situación que fue denunciada por parte de la víctima quien solicitó la presencia de Carabineros y al realizarle un control de identidad al imputado, entre sus vestimentas encontró un cortaplumas de color gris, de empuñadora 10 centímetros y hojas 8 de cm, lo anterior sin dar razón o justificación de su porte”.

⁴³ Juzgado de Garantía de Collipulli, 11 de mayo de 2021, RUC 1901375075-3 RIT 1458-2019.

El tribunal dictó sentencia absolutoria por el delito de acoso sexual callejero, señalando en el considerando octavo “...entiende esta magistratura que, en primer término, la alteración psicológica que la víctima sintió al momento de los hechos, dice relación más con la identidad de su atacante y la historia de fondo vivida con él anteriormente, que con la conducta en sí misma, sin perjuicio que señala que el hecho que el imputado la tomase por la cintura no le resulta comprensible en un contexto normal, de una persona que intenta llamar la atención de otra...”. Luego en el considerando noveno “...el persecutor al describirlos en el requerimiento, ni siquiera alude a la connotación sexual que la conducta habrá de tener para poder ser enmarcada en el tipo penal descrito en la norma mencionada, el que es claro al señalar que “Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante”, consistente en —como en este caso— un acercamiento”. Así las cosas, sin perjuicio de estimar esta magistratura que la conducta del imputado descrita en los hechos del requerimiento ha resultado acreditada, no puede fundarse en esta circunstancia una decisión de condena por el tipo penal de acoso sexual callejero, al carecer el sustrato fáctico descrito por el persecutor en su requerimiento, de aquellos elementos que son propios del tipo penal, como lo es que la conducta de acercarse a la víctima y tomarla fuertemente por la cintura, tiene significación sexual a su respecto (lo que podría deducirse de los hechos anteriores, los cuales tampoco no son descritos en el requerimiento sino solo tangencialmente mencionada la situación de existir una denuncia previa), de qué forma afectan su esfera sexual y cómo es capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, máxime si además la víctima en su declaración hace radicar la causa de gran parte su malestar, en los hechos anteriores y la identidad del imputado, más que en la conducta bajo análisis en este juicio. Concluir de una forma diversa implicaría condenar al imputado por hechos no consignados en el requerimiento, afectándose con ello el principio de la congruencia”.

En este caso la conducta de acercarse y tocar una parte del cuerpo de la víctima, específicamente su cintura, podría configurar el delito de abuso sexual por sorpresa del artículo 366 inciso 3°, pues existió contacto corporal con la víctima, no sólo un acercamiento, pero no se cumpliría el requisito de relevancia, en cuanto tomarla por la cintura no implicaría gravedad dentro del conjunto de comportamientos de significación sexual, por ello estima-

mos correcta la calificación jurídica de acoso sexual del 494 ter N° 2, pues efectivamente se trata de un acto con significación sexual, tocar fuertemente la cintura de una mujer, y este acto tiene la capacidad de provocar una situación objetivamente intimidatoria y hostil, recordando que esta exigencia del tipo debe ser analizada con un criterio objetivo, es decir, considerando el efecto que puede producir a la generalidad de las personas colocadas en las mismas circunstancias, en este caso una mujer que camina sola por la calle y las características del hechor un hombre que en tiempo anterior cometió un delito sexual contra ella, situación denunciada pero de la que lamentablemente no se ofrece prueba, más que la declaración de la propia víctima, podemos decir entonces que cualquier otra persona puesta en esta situación específica, indudablemente se sentirá intimidada a lo menos, el tribunal reconoce aquello al fallar “...sin perjuicio que señala que el hecho que el imputado la tomase por la cintura no le resulta comprensible en un contexto normal, de una persona que intenta llamar la atención de otra...”, es decir, a criterio del tribunal, tomar a alguien por la cintura no es una forma normal o común en que una persona se aproxima a otra.

El tribunal dicta sentencia absolutoria porque en la descripción fáctica del requerimiento del persecutor, no se hace alusión alguna a que la conducta desplegada por el hechor provocó intimidación, hostilidad o humillación en la víctima, no cumpliéndose entonces con las exigencias del tipo.

Un segundo fallo que analizaremos es relevante en relación con la prueba indiciaria, donde se presentó por la defensa un recurso de nulidad en la Corte de Apelaciones de Rancagua⁴⁴ por la causal del artículo 374 e) del Código Procesal Penal, que pretendía la nulidad de la sentencia que condenaba a un sujeto por acoso sexual del 494 ter, al considerar en síntesis que el sentenciador sólo basó su condena en la declaración de la víctima; la Corte rechaza el recurso y señala “...no es correcto afirmar, como lo hace el recurrente, que el delito se acreditó sólo con la versión de la víctima, puesto que su versión se vio corroborada con otra prueba indiciaria que corroboró los dichos de la ofendida... Es por ello, que en estos casos, dar viabilidad y posibilidades de éxito al testimonio único, añade como exigencia lo que se denomina “elementos de corroboración” que son garantías de certeza judicial, y que se presentan

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua, 3 de octubre de 2022, Rol N° 1133-2022.

como antecedentes probatorios anexos del testimonio único de incriminación, a saber; a) la ausencia e incredibilidad subjetiva, en cuanto a que no exista odio ni enemistad entre agraviada e imputado; b) Verosimilitud, dada no solamente por la coherencia del propio relato, sino que supone algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima, más bien lo que la jurisprudencia española denomina “elementos de corroboración periférica”; y c) persistencia de la incriminación, que es lo mismo que decir coherencia en el relato de la víctima... lo que denominamos “corroboraciones periféricas”, debemos señalar que si concurren en la especie y sobre esto, destacar - como también lo hace el propio Tribunal -, no sólo el relato de los hechos por parte de la víctima, sino otros antecedentes de contexto que le otorgaron credibilidad a su relato, como describir sensaciones provocadas por el hecho denunciado; o los dichos de su madre, quien si bien en lo que a relato respecta reproduce lo que le dijo su hija, lo cierto es que ella aporta el estado anímico y emocional de la joven cuando develó los hechos. Del mismo modo, si bien el funcionario policial que declaró en el juicio sólo tomó declaraciones a otras denunciadas, su testimonio sirvió para establecer un patrón conductual del agresor. Luego, como puede verse, existen elementos periféricos corroboradores de los hechos vivenciados, todos, si bien no son prueba directa de los hechos mencionados en la denuncia, constituyen indicios potentes de credibilidad del relato”.

En este caso la Corte de Apelaciones rechaza el recurso, compartiendo el razonamiento del Juez de Garantía, donde se valoraron una serie de elementos probatorios además de la declaración de la víctima, estos son la declaración de su madre y de un funcionario policial, en que sus testimonios como prueba indiciaria, que conectados entre sí, de manera armónica y natural, permitieron desvirtuar la presunción de inocencia y alcanzar la certeza necesaria sobre la autoría establecida respecto del delito de acoso sexual callejero sin contacto.

Finalmente analizaremos un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción⁴⁵ en que la defensa presenta un recurso de nulidad, invocando la causal del artículo 373 b) del Código Procesal Penal por errónea aplicación del derecho, contra la resolución del Juzgado de Garantía de Arauco, que condena a dos sujetos como autores del delito de ofensas al pudor y las

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de marzo de 2022, ROL 116-2022.

buenas costumbres del artículo 373 del Código Penal, por los siguientes hechos “el día 18 de octubre de 2019, aproximadamente a las 14:20 horas, la víctima transitaba por la vía pública por calle Esmeralda a la altura de Caupolicán, comuna de Arauco, cuando fue abordada por los imputados P.H.E.A. y C.H.C.G. junto a aproximadamente otros cuatro sujetos aún no individualizados, quienes previamente concertados se acercaron a la víctima gritándole cosas obscenas tales como; *“guachita rica te comería”*, entre otras, intentando tocar sus glúteos, realizando sonidos de simulación animal, procediendo a cerrar y obstaculizar su camino, siguiéndola, quien les solicitó que la respetaran, señalando el imputado C.H.C.G, *“con ese medio poto queris que te respete”*, los hechos fueron de tal magnitud que transeúntes se percataron de estos, quienes le pedían a los imputados, que cesaran en su actuar, increpando los imputados a éstos, ofendiendo gravemente el pudor de la víctima y las buenas costumbres con hechos de grave escándalo y trascendencia.”.

La parte recurrente señala que la sentencia incurrió en el vicio haciendo aplicación de un tipo penal cuya descripción no corresponde con los hechos, imponiendo una pena mayor a la señalada en el artículo 494 ter que tipifica y sanciona el acoso sexual callejero, considerando que la conducta descrita en el requerimiento coincide con el tipo penal del 494 ter, señala que *“en cuanto a eventuales concursos aparente del tipo penal, estimamos que el tribunal yerra al aplicar el artículo 373 del Código Penal, aduciendo que se configuran los elementos normativos de aquel tipo y que, además, el artículo 494 ter es una figura subsidiaria”*, lo que cuestiona ya que, *“dar dicha interpretación al texto legal, significaría una vulneración al principio in dubio pro reo, puesto que se estaría privilegiando la aplicación de una norma más grave en contra de los imputados, cuando no correspondería. Esto en virtud de que el sentido de aquella frase subsidiaria tiene por objetivo que se aplique una sanción mayor, cuando exista otro tipo penal más grave, pero siempre debiendo entenderse a conductas más específicas, que impliquen otras circunstancias no descritas en este tipo, como lo son el contacto corporal, o circunstancias distintas contemplados en otros delitos contra la indemnidad sexual”*.

La Corte de Apelaciones de Concepción rechaza la pretensión de la defensa, argumentando en el considerando 8°: *“constituye una exigencia especial del tipo previsto en el artículo 373 del Código Penal que las conductas cometidas consistieren en hechos de grave escándalo o trascendencia; ello no es parte de las*

exigencias típicas de la figura que propone, como calificación jurídica aplicable, la defensa de los acusados. Lo anterior no es baladí, ya que esta trascendencia o conmoción social permite justificar su sanción a título de simple delito y no de una mera falta. En el presente caso no solamente se vio afectada la víctima que fue objeto directo del acoso y de las expresiones humillantes de connotación sexual que fueron establecidas, sino también los transeúntes que presenciaron la agresión, los que debido al grave escándalo causado fueron también conmocionados por el referido episodio”; en el considerando 8°: “Constituye una exigencia especial del tipo previsto en el artículo 373 del Código Penal que las conductas cometidas consistieren en hechos de grave escándalo o trascendencia; ello no es parte de las exigencias típicas de la figura que propone, como calificación jurídica aplicable, la defensa de los acusados. Lo anterior no es baladí, ya que esta trascendencia o conmoción social permite justificar su sanción a título de simple delito y no de una mera falta. En el presente caso no solamente se vio afectada la víctima que fue objeto directo del acoso y de las expresiones humillantes de connotación sexual que fueron establecidas, sino también los transeúntes que presenciaron la agresión, los que debido al grave escándalo causado fueron también conmocionados por el referido episodio”; en el considerando 9°: “Que, de lo anterior deriva también que no lleve la razón la defensa de los imputados al sostener que aquí hay un eventual concurso aparente de leyes penales, pues cada descripción típica se aplica a situaciones fácticas distintas, toda vez que el grave escándalo o trascendencia no es exigido en el caso de la falta prevista en el artículo 494 ter del Código Penal; de modo que no hay que aplicar criterios como los que ella propone para dilucidar tal supuesto concurso”; en el 10° “Que, además, no puede desatenderse el hecho que la aplicación de la figura del artículo 494 ter citado está supeditada a que la conducta “no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave”. Ello permite colegir que bien puede ser que dicha descripción típica pueda aludir a conductas como las que desplegaron los acusados, pero su sanción mediante lo descrito en tal artículo 494 ter sólo procede en la medida que no exista otro tipo penal que les imponga una pena más grave, cuyo es el caso de la figura del artículo 373 del Código Penal, que prevé una pena de reclusión y no una puramente pecuniaria o de prisión y multa, en su modalidad agravada”; en el considerando 11° “Que, por lo demás, aceptar el planteamiento de la defensa importa minimizar o desmerecer la gravedad de la conducta delictual de los acusados, lo que no se condice con las exigencias impuestas al Estado de Chile y a sus órganos, del cual forma parte

la judicatura, en relación a la represión o castigo de las conductas constitutivas de violencia hacia la mujer”.

No compartimos el criterio de la Corte de Apelaciones, pues pareciere establecer que, si el acoso sexual callejero es presenciado por terceros que se conmocionaron por los hechos, se configuraría el delito de ofensas al pudor y a las buenas costumbres, lo que no nos parece correcto. Previamente a las modificaciones introducidas por la Ley 21.153, conductas como las de los hechos del requerimiento, intentaban artificiosamente subsumirse en el ilícito del artículo 373 del Código Penal, figura que es profundamente distinta a la del artículo 494 ter; sobre este punto don Luis Rodríguez Collao, a propósito del artículo 373 del Código Penal señala “la opinión mayoritaria entre los autores nacionales considera que lo protegido en este caso es el pudor público, entendiendo por tal una referencia a los sentimientos predominantes en la colectividad en relación con el ejercicio de la actividad sexual, porque la exhibición pública de tal actividad es considerada ofensiva por la generalidad de los ciudadanos, y este sentimiento es el tutelado por la ley. Este planteamiento no sólo merece reparos en orden a sus fundamentos, sino que, además, conlleva varias consecuencias que resultan inaceptables desde la perspectiva de un ordenamiento que privilegie a la persona por sobre cualquier consideración de índole social o ideológica. De acuerdo con lo previamente señalado, en efecto, lo lesionado no se identificaría con el pudor individual, esto es, el sentimiento de una persona en concreto, sino con las expectativas sociales acerca de la forma en que cada cual ha de comportarse en el ámbito sexual”.⁴⁶

Por tanto, el bien jurídico protegido por el artículo 373 es el pudor o moralidad públicos, no la libertad e indemnidad sexual como en el caso del acoso sexual callejero, la importancia de aquello radica en que los sujetos de tutela jurídica en el primer caso son los espectadores que se conmocionaron por los hechos de los que fueron testigos, ofendiendo su pudor. Lo cierto es que respecto de los hechos que estamos comentando, la única víctima fue la joven que recibió, sin su consentimiento, actos de significación sexual de carácter verbal, gestos, acercamientos y persecución, con la evidente capacidad de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil

⁴⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, cit., p. 45.

y humillante; todo lo anterior en presencia de testigos, que afortunadamente tuvieron un rol activo en cuanto intentar defenderla y hacer cesar a los imputados. Por otra parte, una interpretación adecuada del delito del artículo 373, se relaciona con la exhibición pública de la actividad sexual, profundamente alejado de cómo ocurrieron los hechos por los que fueron condenados los imputados.

También compartimos la opinión de la defensa respecto de la cláusula de subsidiariedad del artículo 494 ter, en el sentido de que tiene por objetivo que se aplique una sanción mayor cuando exista otro tipo penal más grave, es decir uno que implique conductas más específicas con circunstancias no descritas en este tipo, como el contacto corporal en el caso del abuso sexual por sorpresa; o circunstancias de otros delitos contra la indemnidad sexual como podría darse respecto de las conductas exhibicionistas frente a menores de edad.

VIII. Nuevo proyecto de ley sobre acoso sexual

Actualmente se encuentra en discusión un proyecto de ley sobre acoso sexual que tenía por objeto principal sancionar penalmente, como complemento de la normativa laboral, la conducta de acoso sexual en el ámbito de relaciones de trabajo, educacionales o docentes, militares, deportivas, de prestación de servicios, de subordinación o en el cumplimiento de funciones públicas, luego durante la discusión parlamentaria, se estimó necesario además modificar el artículo 494 ter del Código Penal, para así ampliar su aplicación. Para efectos de este trabajo nos referiremos sólo a este punto.

Las modificaciones del artículo 494 ter, se debatieron en el sentido de que ya no se circunscribiera a lugares públicos o de libre acceso público, lo que fue aprobado, en mira de establecer una figura basal de acoso sexual en todos los ámbitos; también se discutió en cuanto a suprimir el requisito “objetivamente” intimidatorio, hostil o humillante de la conducta, fundamentado en una supuesta vaguedad de la referencia⁴⁷, lo que en definitiva

⁴⁷ Boletín N° 11.907-17, Senado de Chile, segundo informe de la comisión especial encargada de conocer iniciativas y tramitar proyectos de ley relacionados con la mujer y la igualdad de género, 8 de marzo de 2022, p. 14.

no se aprobó, manteniendo así un criterio objetivo que permite apreciar la concurrencia de dichos elementos y otorga precisión al tipo penal.⁴⁸ Otro cambio es el reemplazo de la “significación sexual” del acto, por la “connotación sexual”, que se señaló sería una noción con mayor grado de amplitud. Finalmente se modifica la pena respecto de las modalidades del N° 1, estableciendo la pena de prisión en su grado mínimo o la misma multa de la norma original.

El nuevo artículo 494 ter del Código Penal contenido en el proyecto de ley que se aprobó por el Senado y pasó al segundo trámite constitucional es el siguiente: “Comete acoso sexual el que realizare, sin mediar consentimiento de la víctima, un acto de connotación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en:

1. Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos. En este caso se impondrá la pena de prisión en su grado mínimo o multa de una a tres unidades tributarias mensuales.

2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo de contenido sexual explícito. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.⁴⁹

IX. Conclusiones

La Ley 21.153 sobre acoso sexual en espacios públicos que modifica el Código Penal, es sin duda un gran avance en la reivindicación de los derechos de las mujeres, es una de las respuestas esperables al fenómeno de la violencia de género y específicamente a la violencia sexual en el ámbito público. Esta normativa es muy posterior a los tratados internacionales ratificados por Chile, en que el Estado asumía distintas obligaciones en cuanto a la adopción de medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, que protejan a las mujeres en el goce de sus derechos; pues ocurrió en nuestro país, así

⁴⁸ Boletín N° 11.907-17, cit. (n.48), p.19.

⁴⁹ Proyecto de Ley sobre acoso sexual, 23 de marzo de 2022, Boletín N° 11.907-17.

como en otras naciones, que las demandas populares de la sociedad civil, en especial de agrupaciones de mujeres, fueron las que pusieron el tema en discusión y lograron en definitiva promover la dictación de esta legislación que castiga el acoso callejero.

El bien jurídico tutelado es la libertad e indemnidad sexual, pero por las características de estos hechos, al impedir a las mujeres desarrollar su vida en la esfera pública, causando un detrimento físico y psíquico, el daño se ramifica afectando otros bienes jurídicos tales como la honra, dignidad, libertad personal, igualdad, seguridad individual y salud. Atendida la entidad del bien jurídico protegido, podemos concluir que no hay contravención al principio de lesividad y proporcionalidad de la pena.

En cuanto al contenido de la norma, creemos que al establecer un criterio objetivo para determinar cuándo estaremos frente a la situación exigida por el tipo penal, dejando al margen consideraciones subjetivas de la víctima, facilita la labor del juzgador y eso quedó de manifiesto al revisar algunas sentencias condenatorias de diferentes tribunales del país, tratándose de actos de evidente significación sexual, con la capacidad suficiente de provocar objetivamente una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante.

A la luz del proyecto de ley sobre acoso sexual, creemos que es conveniente que la legislación penal hiciera frente a los fenómenos de acoso sexual en contextos laborales, docentes, en espacios públicos y privados, de un modo menos segmentario, tal como se ha hecho en España.

Como señalamos, la creación de este tipo penal es una de las respuestas necesarias para combatir la violencia sexual contra las mujeres en los espacios públicos, pero se requieren otras medidas relacionadas con la prevención, tales como la educación y concientización, lo que impulsará el desarrollo de una sociedad que tenga un rol activo, ya no sólo espectadora, sino solidaria a la hora de auxiliar a una víctima y luego colaborar con la investigación. Junto a ello es imprescindible que los esfuerzos se dirijan a dotar a la ciudad de más seguridad a través de medios de televigilancia, por ejemplo, que además del propio efecto disuasivo, servirá como medio probatorio. También es indispensable otorgar los recursos necesarios al persecutor y las policías, respecto de aumentar la dotación y comprometerse con la formación es-

pecializada en estos temas, así como contar con mecanismos adecuados de protección, asistencia y reparación a las víctimas.

Bibliografía

- ACEVEDO, LUIS, “Feminismo y Derecho Penal”, *Revista Justicia y Derecho* Universidad Autónoma de Chile, 2020.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Boletín N° 11.077-07.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley 21.153*.
- BOURDIEU, PIERRE, *La Dominación Masculina*, Editorial Anagrama Barcelona, 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 25 de noviembre de 2006, Caso Penal Miguel Castro vs Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA, *Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, 2019.
- MENDOZA CALDERÓN, SILVIA; GÓMEZ RIVERO, M. DEL CARMEN; GALÁN MUÑOZ, ALFONSO; SIERRA LÓPEZ, M.^a DEL VALLE; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.^a ISABEL; GONZÁLEZ CANO, M.^a ISABEL, *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2011.
- MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE, Oficio FN N° 277/2022, 8 de abril de 2022.
- NOTIMERICA, “¿En qué consiste el flashing o dickflash?”, <https://www.notimerica.com/sociedad/noticia-consiste-flashing-dickflash-nueva-moda-porno-acoso-mujeres-mexico-20180314193927.html#>
- NÚÑEZ, MARÍA ISABEL, *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, 2022.
- OBSERVATORIO VIOLENCIA, Fundación Mujeres: “¿Cómo está legislado el acoso sexual callejero en España y en el mundo?” <https://observatorioviolencia.org/esacosofm-como-esta-legislado-el-acoso-sexual-callejero-en-espana-y-en-el-mundo/>
- OMS, “Comprender y abordar la violencia sexual contra las mujeres: violencia sexual”, 2013, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/98821>
- ONU MUJERES, *Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos*, 2019.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, CARLOS, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, 2001.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, 2022.

RODRÍGUEZ COLLAO LUIS, *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2022, Capítulo VIII Edición Digital.

SENADO DE CHILE, Boletín N° 11.907-17. *Stop Street Harassment*, “El acoso callejero y la Ley”, <https://stopstreetharassment.org/strategies/sshlaw-intro/>

TAPIA PAOLA, *Ideas centrales para la nueva Constitución, Mujer y derecho a la ciudad*, Tirant lo Blanch, 2021.

LEGISLACIÓN

- Ley N° 21.153 que modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos, 2019.
- Ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, 2005.
- Ley N° 30.314, para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, 2015 (Perú).
- Código Penal, Decreto Legislativo N° 635, Editora Perú, 2020 (Perú).
- Ley para luchar contra el sexismo en el espacio público N° 2014000586, 2014 (Bélgica).
- Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, Boletín Oficial del Estado N° 215, 2022 (España).

JURISPRUDENCIA

- Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Décimo Primer Juzgado Penal Unipersonal, expediente 00958-2019-4-0901-JR-PE-11, 12 de septiembre 2019.
- Juzgado de Garantía de Puerto Cisnes, 2 de diciembre de 2020, RUC 2001045853-7, RIT 543-2020.
- Juzgado de Garantía de Temuco, 4 de agosto de 2022, RUC 2100152216-4, RIT 1601-2021.
- Juzgado de Garantía de Temuco, 23 de noviembre de 2022, Ruc 2201170669-3, RIT 7296-2022.
- Juzgado de Garantía de Chiguayante, 22 de septiembre de 2022, Ruc 2110043592-3, RIT 1916-2021.
- Juzgado de Garantía de Antofagasta, 17 de febrero de 2022, Ruc 2100800782-6, RIT 11773-2021.

- 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 22 de enero de 2021, Ruc 1900758639-9, RIT 19259-2019.
- Juzgado de Garantía de San Pedro de la Paz, 16 de agosto de 2019, RUC1910028464-5, RIT 1256-2019.
- 3^{er} Juzgado de Garantía de Santiago, 8 de agosto de 2019, Ruc 1900507767-5, RIT 3316-2019.
- Juzgado de Garantía de Quirihue, 17 de diciembre de 2019, Ruc 1901333304-4, RIT 890-2019.
- Juzgado de Garantía de Collipulli, 11 de mayo de 2021, Ruc 1901375075-3 RIT 1458-2019.
- Corte de Apelaciones de Rancagua, 3 de octubre de 2022, Rol N° 1133-2022.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de marzo de 2022, Rol 116-2022.

