



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO
SEMINARIO DE LICENCIATURA



Artículo 288 bis Inciso Segundo: Justificación Razonable.
TESIS DE PREGRADO ESCUELA DE DERECHO

Autoras: Valentina Antonia Oyarzún Silva, Javiera Belén Rosales Stubing.

Profesor guía: Felipe Alonso González Hernández.

Disciplina principal: Derecho penal.

Disciplinas secundarias: Derecho procesal penal.

Valparaíso, enero de 2023.

Índice

CAPÍTULO I	8
EL ESTADO DEL ARTE: ART. 288 BIS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.	8
1. Historia de la Ley 19.975. Código Penal, art. 288 bis: Porte de armas cortantes o punzantes en determinados lugares de reunión pública.	8
1.1 Necesidad de la agenda de Seguridad Ciudadana.	8
1.2 Discusión General.	8
1.3 La Excepción a la Regla.	10
CAPÍTULO II	12
ESTUDIO Y ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.	12
1. Análisis del tipo artículo 288 bis.	12
1.1 Bien jurídico protegido:	12
1.1.1 Delito de peligro ¿abstracto o concreto?	14
1.2 Objeto material:	17
1.2.1 Dimensión y longitud.	18
1.2.2 Objetivamente idóneo.	19
1.2.3 Derecho Comparado:	21
1.2.3.1 España.	22
1.2.3.2 Alemania.	22
1.2.3.3 Reino Unido.	23
1.3 Conducta típica:	23
1.4 Plano subjetivo:	25
CAPÍTULO III	27
SENTIDO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “CUANDO NO SE PUEDA JUSTIFICAR RAZONABLEMENTE SU PORTE”.	27
1. Justificación Razonable.	27
1.1 Naturaleza: ¿elemento del tipo o causal de justificación?	27
1.2 Fórmula “cuando no pueda justificar razonablemente su porte”.	31
1.2.1 Interpretación de la ley penal.	32
1.2.1.1 Sentido literal e interpretación gramatical.	33
1.2.1.2 Interpretación teleológica.	33
1.2.1.3 Interpretación en relación a los resultados.	34

1.2.1.3.1 Interpretación extensiva:	34
1.2.1.3.2 Interpretación restrictiva	34
CAPÍTULO IV	37
EL ACOSO SEXUAL CALLEJERO	38
1. Fenómeno de acoso y abuso sexual callejero.	38
1.1 Análisis de características.	39
1.1.1 Tipo de interacción:	39
1.1.2 Lugar Público:	40
1.1.3 Mujeres como víctimas:	41
1.1.4 Normativa internacional: La Convención de Belém do Pará y la violación de Derechos Humanos en el acoso sexual callejero.	42
2. Fenómeno en Chile: Estadísticas y normativa.	43
2.1 Estadísticas.	43
2.1.1 Mujeres y hombres.	45
2.1.2 Sexo de quien acosa.	45
2.1.3 Medidas adoptadas después de ser víctimas de acoso sexual callejero.	45
2.2 Regulación Chilena.	45
2.2.1 Delito de acoso sexual callejero.	46
2.3 Regulación comparada.	49
2.3.1 República del Perú.	49
2.3.2 Bélgica.	50
2.3.3 República de Panamá.	51
2.3.4 República de Paraguay	52
2.3.5 República Portuguesa.	53
3. Cifra negra de la criminalidad.	54
CAPÍTULO V	56
ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE Y PERSPECTIVA DE GÉNERO	57
1. Estado de necesidad exculpante.	57
1.1 Requisitos.	57
1.1.1 Obrar para evitar un mal grave.	57
1.1.2 Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.	58
1.1.3 Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.	58
1.1.4 Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.	59

1.1.5 Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí.	59
2. Perspectiva de género.	60
2.1 Estudio de campo	61
2.2 Análisis del estado de necesidad exculpante: intento de incorporar un análisis con enfoque de género.	63
2.2.1 Obrar para evitar un mal grave.	63
2.2.2 Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.	63
2.2.3 Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.	64
2.2.4 Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.	64
2.2.5 Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí.	65
CAPÍTULO VI	65
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES	66
1. Conclusiones.	66
2. Propuestas finales.	68
2.1. Antijuricidad.	68
2.2 Estado de necesidad exculpante.	70
Bibliografía	73

INTRODUCCIÓN

En el año 2019, conforme a los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, en la XVI Encuesta nacional urbana de seguridad ciudadana, por cada 100 hombres que sienten inseguridad en algunos lugares, hay 169 mujeres que perciben inseguridad en un taxi, 123 en un paradero, 145 en micros, 127 en calles de la ciudad, 143 en centros comerciales y 123 en terminales de buses. Estas cifras desde el año 2019 han aumentado de forma considerable.

Así, día a día las conversaciones entre mujeres contienen frases como “Llama cuando llegues”, “trata de no salir de noche”, “no camines por lugares sola”, “anota la patente del taxi o Uber antes de subirte” frases que, además de ser comunes, denotan el statu quo de inseguridad a la cual se ven expuestas miles de mujeres, y esta ha sido la forma de cuidado y protección que han adoptado frente a este peligro en las vías y espacios públicos, sin importar la edad.

No obstante, no se trata solo de “una sensación de inseguridad o una apreciación sin fundamento”. La Corporación Humanas, indica cifras que corroboran la situación actual en donde las mujeres se encuentran en mayor riesgo de sufrir alguna forma de violencia en todos los ámbitos y espacios en los que se desenvuelven, así la IV Encuesta nacional de violencia contra la mujer en el ámbito intrafamiliar y otros espacios¹, que se dio a conocer en el año 2021 reveló que dos de cada cinco mujeres (41,4%) señalan que han sido víctimas de violencia alguna vez en su vida y en cada uno de los ámbitos en los que se desenvuelven, tales como, el trabajo, la casa, la calle, establecimientos educacionales, etc.

En el mismo año, el Estudio de radiografía del acoso en Chile del Observatorio contra el acoso en Chile² señaló que todas las mujeres, es decir, un 96% entre 18 y 26 años han sufrido acoso sexual callejero alguna vez durante su vida. Situación que no sucede con los hombres, pues, para ellos, es más fácil moverse en la ciudad.

La Cámara de Diputados mediante una moción parlamentaria, en un intento por solucionar esta problemática, presentó el Proyecto de ley de acoso callejero, el cual no fue suficiente para responder aquellas necesidades específicas de seguridad que debían tener respuesta. Frente a la ineficacia del Estado para brindar seguridad y protección y a la creciente inseguridad de las calles para las mujeres, muchas han adoptado por portar llaveros de defensa personal, los que incluyen objetos como manoplas, gas pimienta de pequeñas dimensiones, navajas, estacas de metal, etc., a donde quiera que vayan en caso de que las necesiten. Sin embargo, esta decisión de autodefensa colisiona directamente con lo establecido en el artículo 288 bis del Código penal chileno, el cual establece:

¹ Subsecretaría de Prevención del Delito, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Gobierno de Chile. (2020). IV Encuesta de Violencia contra la Mujer en el Ámbito de Violencia Intrafamiliar y en Otros Espacios (EN VIF-VCM).

² Observatorio contra el acoso en Chile. (2020). Radiografía del acoso sexual en Chile: Primera encuesta nacional sobre acoso sexual callejero, laboral, en contexto educativo y ciberacoso.

“El que portare armas cortantes o punzantes en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 1 a 4 UTM.

Igual sanción se aplicará al que en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas portare dichas armas, cuando no pueda justificar razonablemente su porte.”

Según el artículo recién transcrito, se entiende que una mujer al salir de su casa en caso de portar un llavero de defensa personal que contenga una navaja, considerando que este objeto constituye un arma blanca cortante o punzante, incurriría en el tipo penal antes mencionado.

No obstante, el artículo 288 bis del Código penal, en su inciso segundo establece una cláusula de justificación razonable de la tenencia de un arma blanca, toda vez que el precepto establece que se configuraría el tipo penal *“cuando no pueda justificar razonablemente su porte”*³.

Debido a ello el objetivo de esta tesis es analizar y estudiar si, dentro de esta justificación razonable, cabrían hipótesis en las cuales aquellas circunstancias que envuelven el hecho pueden ser evaluadas con perspectiva de género. Y, además donde a las mujeres se les permita portar este tipo de elementos con el objeto de resguardar su seguridad individual.

Para llevar a cabo este análisis, los capítulos de esta tesis se dividirán en las siguientes secciones:

En el Capítulo I, se estudiará la historia de la Ley 19.975, en la cual se crea el actual artículo 288 bis del Código penal con el objeto de estudiar aquellas discusiones más relevantes en torno a la creación del artículo y la voluntad primaria del legislador.

En el Capítulo II, se llevará a cabo un análisis del tipo penal, lo cual implica un estudio que contempla desde el bien jurídico protegido hasta los elementos subjetivos del tipo penal.

En el Capítulo III, se intentará determinar mediante el estudio del sentido y alcance de la expresión *“cuando no se pueda justificar razonablemente su porte”* y determinar cómo su naturaleza incide en las posibles hipótesis de justificación razonable respecto del porte de armas blancas.

³ Cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. (2019). Código Penal comentado parte especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro segundo. Título VI. Thomson Reuters. Pág. 207.

En el Capítulo IV, se realizará un estudio del delito de Acoso sexual callejero, para poder determinar si, frente al aumento de la concurrencia de esta clase de delitos, puede existir la posibilidad de usar la cláusula de justificación razonable respecto del porte de esta clase de armas.

Finalmente, en el último apartado de esta Tesis, se realizarán las consideraciones finales y se establecerán propuestas que busquen solucionar aquella colisión entre el porte de estos llaveros con el artículo 288 bis del Código penal.

CAPÍTULO I

EL ESTADO DEL ARTE: ART. 288 BIS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

1. Historia de la Ley 19.975. Código Penal, art. 288 bis: Porte de armas cortantes o punzantes en determinados lugares de reunión pública.

1.1 Necesidad de la agenda de Seguridad Ciudadana.

En septiembre del año 2002, el Honorable Diputado Pedro Muñoz, plantea su inquietud sobre la difusa regulación establecida en el Código penal respecto de los elementos cortantes o punzantes, puesto que, hasta la fecha, el Código penal sólo establecía en su artículo 494 N°4 multas para: *“El que amenazare a otro con armas blancas o de fuego y para el que riñendo con otro las sacare, como no sea con justo motivo”*. Este precepto, teniendo en cuenta el nuevo contexto social reconocido por el Diputado, ya no resultaba suficiente para poder cubrir y disuadir el creciente uso de este tipo de elementos en las vías públicas por las pandillas, lo cual conlleva, a su vez, a un aumento considerable de la delincuencia, lo que hacía que estos espacios que eran de acceso público se volvieran inseguros para todos⁴.

Dada la preocupación existente, el actual artículo que regula el porte de arma blanca en el Código penal se crea en base a la necesidad de establecer un control real al uso indiscriminado de este tipo de elementos con fines delictivos, puesto que las pandillas, producto de la difusa regulación en el Código penal se veían beneficiadas y gozaban impunidad ante tales actuaciones y situaciones.

Es así como el 5 de octubre del año 2004, mediante la Ley N° 19.975 el legislador modificó el libro II, título IV del Código penal: “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad pública cometidos por particulares”, párrafo 8 titulado “De las infracciones de las leyes y reglamentos de las armas prohibidas” incorporando un nuevo artículo 288 bis a través del cual, se buscaba la concretización de una política pública en la cual se tuviera en cuenta la seguridad ciudadana en los espacios públicos y el control de la delincuencia, en particular aquella ejercida por pandillas, la que habría renegado a las familias de las plazas, barrios y otro lugares⁵.

1.2 Discusión General.

⁴ Discusión del proyecto. Apertura de la discusión general. Ley N.º 19.975, 05 de octubre de 2004. Chile. Modifica el Código penal en materia de uso y porte de armas. Pág. 1-2.

⁵ Cfr. Discusión del proyecto. Apertura de la discusión general. Ley N.º 19.975, 05 de octubre de 2004. Chile. Modifica el Código penal en materia de uso y porte de armas. Pág. 3.

En la discusión general del proyecto de Ley N° 19.975, se hace presente la finalidad de introducir este nuevo artículo, el cual *“obedece al interés de enfrentar la situación relacionada con el uso de arma blanca en la vía pública y con los grupos de personas o pandillas que emplean estos elementos en lugares de reunión públicos”*⁶. Es por ello que se buscó sancionar el porte de arma blanca, aplicando una pena de simple delito, haciendo presente una salvedad en el caso de que el porte del arma obedeciera a motivos distintos de los delictuales *“situación muy común en sectores rurales en que, para el hombre del campo portar este tipo de armas, por ejemplo, un cortaplumas, es algo de ordinaria ocurrencia”*⁷.

Así, el nuevo artículo 288 bis del Código penal poseía la siguiente redacción: *“El que portare armas cortantes o punzantes en lugares de reunión pública, tales como restaurantes, bares, parques, plazas, teatros u otros de la misma especie, será sancionado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, salvo que a juicio del tribunal, ellas fueren llevadas para un propósito ajeno a la comisión de un delito”*.

Frente a esta redacción inicial del artículo, el Diputado Pérez Opazo hace presente la situación que se produce en su zona por la proliferación de pandillas que amedrentan a la población, por lo que consideró que era inadecuado que la redacción no mencionara la vía pública, puesto que en esas zonas *“bandas y pandillas circulan con sables y cuchillos”*. Por su parte, el Diputado Muñoz, estimó necesario regular el uso y porte de estas armas blancas en las pandillas, señalando lugares específicos en donde la comisión de esta clase de conductas fuera más recurrente⁸. En consideración de esas observaciones, la redacción inicial fue modificada en el proceso de la tramitación parlamentaria de la Comisión especial de seguridad ciudadana, incorporando la vía pública como un lugar de prohibición del porte, agregando, además, ejemplos de dichos lugares en donde estas conductas se realizaban con más frecuencia, como, por ejemplo, *“canchas y multicanchas”*.

A propósito de las indicaciones por parte del ejecutivo, se optó por una incriminación general del porte de este tipo de armas, puesto que: *“Lo que se quería con esta norma era sancionar el simple porte del arma blanca en términos amplios dada la peligrosidad que ello implica, por cuanto quienes delinquen pueden o no estar bajo los efectos del alcohol o de las drogas y los lugares en que ejecutan sus fechorías pueden ser tanto recintos o lugares públicos o privados”*, agregando además, una excepción a la incriminación, estableciendo una presunción legal del porte de arma blanca *“para un fin legítimo”* atendida *“la profesión, oficio o actividad”* del agente⁹.

⁶ Ibidem. Pág. 8.

⁷ Ídem.

⁸ Ibidem. Pág. 9.

⁹ Cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019).: Thomson Reuters. Pág. 279.

Dada la excesiva amplitud de la redacción del artículo, el cual no especificaba los lugares en el que el porte de estas armas cortantes y punzantes resultaba prohibido, sino sólo hacía mención a la “*vía pública*”, se advertía de forma burda por algunos parlamentarios que “*incluso, la persona que porte un cuchillo en su casa podría ser objeto de sanción*”¹⁰. Por ello, un número importante de parlamentarios consideraban que era una situación de alta complejidad sancionar el porte de arma blanca en la vía pública en términos tan generales. Por ende, los parlamentarios en el artículo establecieron una cláusula de justificación a través de la cual no se sancione dicha conducta cuando se porte el arma para fines no delictivos, situación que requiere para los efectos de discernir al respecto, la detención de la persona y su puesta a disposición del tribunal. En esa misma línea lo expresó el Diputado Jorge Burgos quien declaró: “*Obviamente una persona atendida las características del arma blanca, podrá demostrar ante el juez que su porte no tenía por objeto la comisión de un delito, eso me parece natural y necesario*”. Opinión compartida por el Diputado Guillermo Ceroni¹¹.

Así mismo, se decidió en la Cámara de Diputados, donde ya habían ocurrido variadas discusiones sobre los diferentes contextos en el cual regular esto sería absurdo e innecesario, se optó por “*reducir el delito de peligro a aquellas situaciones en que el porte de un arma blanca represente realmente un peligro*”, incorporándose así al precepto lugares específicos de prohibición de este tipo de armas “*vías o espacios públicos, de espectáculo público o en recintos de expendio de bebidas alcohólicas*”¹².

Ya en el Senado, sobre la base de una indicación del ejecutivo, se adoptó la actual redacción:

Artículo 288 bis: “El que portare armas cortantes o punzantes en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 1 a 4 UTM.

Igual sanción se aplicará al que en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas portare dichas armas, cuando no pueda justificar razonablemente su porte”.

1.3 La Excepción a la Regla.

¹⁰ Ob. Cit. Discusión del proyecto. Apertura de la discusión general. Ley N° 19.975, 05 de octubre de 2004. Chile. Modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas. Pág.13.

¹¹ Ídem.

¹² Cfr. Discusión del proyecto. Apertura de la discusión general. Ley N° 19.975, 05 de octubre de 2004. Chile. Modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas. Pág.45.

El inciso segundo del artículo 288 bis del Código penal establece lo siguiente: “Igual sanción se aplicará al que en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas portare dichas armas, *cuando no pueda justificar razonablemente su porte*”.

La existencia de una cláusula de justificación razonable del porte refleja la consideración del legislador respecto a la posibilidad que dentro de la conducta que se está tipificando puedan existir circunstancias en las cuales algunas personas porten este tipo de armas con fines no delictuales, y que dicho porte esté razonablemente justificado.

El alcance de la expresión “justificación razonable” lamentablemente no es definido ni delimitado por el legislador. No obstante, permite inferir que esta expresión funcionaría como una exención de responsabilidad, con la capacidad de admitirse cuando el porte de esta clase de armas no tenga por objeto la comisión de un delito. Sin embargo, al momento de su creación no se profundiza respecto a las posibles circunstancias bajo las cuales nos encontraríamos en dicha situación de justificación.

Por otro lado, el precepto tampoco se hace cargo de la discreción de las policías al realizar los controles de identidad y tomar la decisión en aquellas circunstancias bajo las cuales el porte de estas armas pueda estar justificado de forma razonable. Esto resulta importante porque si dicha discreción policial no se maneja con cautela, podría conllevar a caer en ciertos abusos; además de la consideración de algún prejuizgamiento por parte de los funcionarios policiales.

CAPÍTULO II

ESTUDIO Y ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.

1. Análisis del tipo artículo 288 bis.

En el Código penal, el actual artículo 288 bis establece:

“El que portare armas cortantes o punzantes en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 1 a 4 UTM.

Igual sanción se aplicará al que en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas portare dichas armas, cuando no pueda justificar razonablemente su porte.”

Siguiendo el esquema del libro Código penal comentado de los profesores Héctor Hernández Basualto y Jaime Couso Salas se realizará un análisis del tipo penal.

1.1 Bien jurídico protegido:

En palabras del autor Garrido Montt *“el bien jurídico protegido es un bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente”*. En tal sentido, el legislador no sería libre para sancionar cualquier conducta realizada por alguna persona, sino que solo puede reprimir aquella que de alguna forma lesione o ponga en peligro uno de estos intereses sociales o individuales que son apreciados como fundamentales y que fueron elevados a la categoría de bienes jurídicos protegidos¹³. Este concepto de bien jurídico es lo que el autor Santiago Mir Puig denomina el *sentido político criminal* del bien jurídico protegido que, en su opinión, vendría siendo lo único que merece ser protegido por el Derecho penal. Sin embargo, el autor establece que también existe el sentido dogmático cuyo objeto es efectivamente protegido por la norma penal vulnerada que se trate, como, por ejemplo, la vida, la propiedad, la libertad, entre otros bienes¹⁴. Por otro lado, los bienes jurídicos poseen una dimensión social, la cual es el parámetro en que la indemnidad de aquellos objetos reales sujetos a protección constituye una necesidad social y condiciona las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales¹⁵.

La determinación de los bienes jurídicos a proteger penalmente depende de los intereses y valores del grupo social en un momento histórico determinado, los códigos penales no protegen

¹³ Mario Garrido Montt. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Segunda edición (1997). Editorial Jurídica de Chile. Pág. 63.

¹⁴ Santiago Mir Puig. Derecho Penal Parte General. Séptima Edición (2006). Editorial Reppertor. Pág. 161.

¹⁵ Ibidem, Pág. 163.

intereses ahistóricos, ni valores eternos desvinculados de la estructura social en un lugar y de un tiempo en concreto. Así, cuando se dice que el Derecho penal protege a la sociedad, hay que evitar entender que protege siempre por igual a todos los miembros de la sociedad con independencia de su posición en el sistema social correspondiente¹⁶, puesto que el contexto y las condiciones determinan un caso en concreto. A esto, los autores Politoff, Matus y Ramírez denominan el *carácter crítico de la noción de bien jurídico*, es decir, la posibilidad de decidir cuándo, con respecto a determinados bienes jurídicos, el Derecho penal constituye un instrumento necesario y apropiado como medio de regulación y resguardo de bienes jurídicos, puesto que se debe tratar de bienes cuya necesidad tenga un reconocimiento social atinente¹⁷.

Al momento de la creación de la Ley 19.975 en el año 2002, existía una necesidad social que fue expresada a través de la inquietud del Diputado Pedro Muñoz. Los objetos punzantes o cortantes no poseían una clara regulación, lo cual era aprovechado por grupos delictuales, específicamente las pandillas quienes hacían uso de este tipo de armas para actividades con fines delictuales. Esta situación provocaba que se apropiaran de espacios que, en principio, eran de libre tránsito para todas y todos. Así, desde sus inicios este delito ha tenido como bien jurídico protegido la seguridad pública.

El legislador estima que el porte de estos elementos que poseen la característica de ser cortante o punzante suponen un peligro para el bien jurídico de la seguridad pública, más aún en aquellos lugares que la ley considera que ésta puesta en peligro se hace aún más evidente, como lo son aquellos recintos de expendios de bebidas alcohólicas, en el supuesto del inciso primero del artículo y en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas en caso del inciso segundo¹⁸.

Los bienes jurídicos colectivos redundan en la satisfacción de intereses de la sociedad, y no pueden ser reconducidos a un individuo determinado puesto que se refieren a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado.¹⁹ Si bien es del todo razonable creer que un Estado que es debidamente diligente en la seguridad de su país posee un interés en que las personas no transiten por la vía pública con armas blancas puesto que disminuye la probabilidad de la comisión de actos delictivos, este tipo de armas no siempre logran alcanzar un peligro de tal envergadura como si lo alcanzan las armas de fuego. En ese sentido, es posible al menos cuestionar, si el caso de un arma blanca se puede elevar a un bien jurídico colectivo como aquellos que estructuran las funciones básicas de un Estado.

¹⁶ Ibidem, Pág. 161.

¹⁷ Jean Pierre Matus Acuña, M.^a Cecilia Ramírez Guzmán. Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Segunda Edición (2018). Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 68 - 69.

¹⁸ Cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019).: Thomson Reuters. Pág. 207.

¹⁹ Deisy Barrientos. (2015). Lesividad de los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. *Nuevo Foro Penal*, (11), Pág. 101.

No obstante, y como bien se refirió el Diputado Darío Paya en la discusión en sala en la creación de esta norma, esto se trata de garantizar a las personas la certeza de que en estos espacios públicos no hay armas²⁰. Escenario que se repite por ejemplo, en el delito de porte ilegal de arma de fuego, donde el bien jurídico protegido también sería un bien jurídico colectivo, a saber, el de la seguridad colectiva supraindividual, puesto que se busca que los ciudadanos puedan desplazarse libremente sin temor a ver afectados sus bienes jurídicos más relevantes, tales como la vida, la salud, etc.; Se pretende buscar, al igual que en el art. 288 bis, la seguridad de otros bienes jurídicos, y la expectativa de permanencia de espacios seguros en la vida pública. Así, la técnica legislativa que se emplea para dar protección a la seguridad colectiva es la de los delitos de peligro, debiendo ella estar referida a las condiciones bajo las cuales los ciudadanos puedan tener la expectativa de que sus bienes jurídicos individuales no se verán vulnerados²¹.

1.1.1 Delito de peligro ¿abstracto o concreto?

Que este delito sea de peligro, obedece al resultado jurídico de la comisión de un delito, el cual puede consistir en una lesión o puesta en peligro. La lesión obedece a un cambio en el mundo físico exterior que concluye con el deterioro o destrucción del objeto tutelado por el derecho. Sin embargo, en ciertas hipótesis el legislador le basta con la realización de una acción que ponga en peligro el bien jurídico protegido para entender que hay una transgresión²².

El peligro como resultado de la comisión de un delito, obedecerá a un pronóstico o anticipación de la lesión a un bien jurídico determinado, es un concepto transitivo que tendría por referencia la probabilidad de acaecimiento de tal suceso, en el caso en particular estudiado, sería el uso del arma blanca para poder cometer algún delito. Por regla general, la designación de estas figuras como tipos de peligro obedecen a la dificultad de conceptualizar la forma en que los bienes son afectados o menoscabados²³.

En cuanto a este tipo de delitos, suelen ser subdivididos en delitos de peligro abstracto, por un lado, y delitos de peligro concreto, por otro. Son delitos de peligro concreto aquellos que requieren una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir *ex post* que existió un curso probable de los hechos que conducía al resultado temido. En estos casos, la antijuricidad material del hecho punible viene

²⁰ Discusión del proyecto. Discusión general en sala. Cámara de Diputados Sesión N°25. Ley N° 19.975, 05 de octubre de 2004. Chile. Modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas. Pág. 28.

²¹ Cfr. Myrna Villegas Díaz. (2020). Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno. *Política criminal*, 15(30), Pág. 731.

²² Enrique Cury. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Undécima Edición (2020) Editorial Ediciones UC. Pág. 330.

²³ Gonzalo Bascur "Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos" *Polít. Crim.* Vol. 14, N° 28 (diciembre 2019), Doc.1, Págs. 563.

dada por la prueba de la existencia efectiva del peligro que la ley quiere evitar²⁴. Los delitos de peligro abstracto, en cambio, están concebidos como la prohibición de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro, sin que sea necesario la verificación en sede procesal del peligro que se pretende evitar²⁵.

El profesor y doctor Martín Besio²⁶, concuerda respecto a que el bien jurídico protegido colectivo es la seguridad pública. No obstante, este autor propone reconstruirlo como un delito de peligro concreto en contra de la seguridad individual de las personas, puesto que por las características del arma cortante o punzante puede considerarse como un elemento material idóneo para poner en peligro la vida, integridad física o salud de una persona determinada, en lugares que hacen presumir una mayor peligrosidad de la conducta, como, por ejemplo, la vía pública. Por tanto, sólo podría afectar esta clase de bienes jurídicos protegidos individuales como la vida, la seguridad individual, etc. transformando esta clase de delitos en un delito de peligro concreto.

Al respecto sobre si finalmente constituye un delito de peligro abstracto o concreto los tribunales de justicia han razonado lo siguiente:

En la línea del Profesor Martín Besio, la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia 14 septiembre de 2007 en la causa Rol N° 1924-2007 considera que “ *El tipo penal del artículo 288 bis del Código Penal debe considerarse como un delito de peligro, de lo que se colige que para su perfección se exige únicamente que se ejecute un hecho que ponga en riesgo o peligro ciertamente un bien jurídico protegido, en este caso, el orden y la seguridad pública de los miembros de la comunidad, en las condiciones descritas en el correspondiente tipo* ”²⁷.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en la sentencia del 17 de octubre de 2005 en la causa Rol N° 62-2005, sostuvo que: “ [...] *el delito de porte de arma blanca es uno de aquellos ilícitos que la doctrina y la jurisprudencia denomina peligro, lo que implica que no es un requisito para que se sancione a quien lo cometa el que se acredite que éste tenía un propósito lesivo para la vida e integridad corporal de terceros, ya que la lectura de la disposición legal que lo prevé y sanciona conduce ... a concluir que no lo exige* ”²⁸.

En la misma línea razona la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, del 6 de enero del año 2010, Rol N° 612-2009 al establecer que: “*Demás está señalar que el porte de armas del artículo 288 bis del Código Penal es un delito de peligro, es decir, se está en presencia de un*

²⁴ Cfr. Lifschitz, Politoff, M.; J. P. & Ramírez, M. (2009). *Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial*. Alianza Editorial. Págs. 210-211.

²⁵ Ídem.

²⁶ Cfr. Martín Besio, “Art. 289”, en: Jaime Couso; Héctor Hernández (Dir.), *Código penal comentado. Parte especial. Libro segundo, título VI (arts. 261 a 341)*, Santiago: Legal Publishing Chile. Pág. 198.

²⁷ SCA Santiago, de 14 de septiembre de 2007, rol N°1924-2007. Pág. 3.

²⁸ SCA Coyhaique de 17 de octubre de 2005, rol N°62-2005. Pág. 1.

delito potencial o sujeto a la probabilidad de ser cometido”²⁹. Y además la Corte de Apelaciones de Santiago de San Miguel en la sentencia del 21 de septiembre de 2015, en la causa Rol N° 1448-2015 donde reconoce a este delito de peligro abstracto: *“el ilícito en comento es un delito abstracto, que se configura con independencia de su resultado”*³⁰.

El Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago el 25 de agosto del 2009 en causa RIT N° 6665-2009 en el considerando sexto establece lo siguiente: *“Que para efectos interpretativos debe tenerse en cuenta que en la especie nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, de mera actividad y permanente, toda vez que el delito se entiende consumado mientras permanece el estado de ilicitud. Por último, debe considerarse que el bien jurídico protegido es la seguridad general o colectiva.*

*Al ser un delito de peligro, en esta clase de delitos no resulta necesario probar un resultado determinado separado de la conducta, ni mucho menos un nexo entre la conducta y dicho resultado [...] al recurrir a delitos de peligro abstracto para tipificar esta clase de conductas, el legislador anticipó las barreras de protección del bien jurídico, en este caso de carácter colectivo, por lo que resulta necesario acreditar, conforme al principio de lesividad, que la conducta desplegada por el sujeto activo constituye ex ante, un riesgo normativo típicamente relevante para el objeto de tutela, lo anterior resulta indispensable para que concurra el desvalor del acto”*³¹.

De aquellos ejemplos analizados, podemos concluir que mayoritariamente en las ocasiones en que los tribunales se han pronunciado al respecto han determinado que estamos en presencia de un delito de peligro abstracto.

En relación al delito de peligro y su prueba, el Diputado Gonzalo Uriate en su intervención en la creación de esta norma declaró lo siguiente: *“La penalización de los llamados delitos de peligro constituye una política criminal que coarta la libertad de las personas. Con una norma de esta naturaleza no sólo se castigará a los que porten armas para, efectivamente, cometer delitos, lo que a priori nadie sabe, sino también a aquellos que, por otros motivos, que tampoco conocemos, porten armas en lugares públicos. En este sentido, debe tenerse presente, por ejemplo, la cantidad de personas que en zonas rurales portan cortaplumas, los coleccionistas que se podrían desplazar con espadas o corvos, o los vendedores de cuchillos de cocina. No todo el que porta una arma es, por ese sólo hecho, un delincuente”*³².

En concordancia con lo anterior, sobre los delitos de peligro se ha originado un punto de discusión respecto a si se debe admitir prueba sobre la concurrencia en un caso en concreto de

²⁹ SCA Concepción de 6 de enero de 2010, Rol N° 612-2009. Pág.1.

³⁰ SCA Santiago de 21 de septiembre del 2015, Rol N° 1448-2015. Pág. 1.

³¹ SJG Santiago de 25 de agosto de 2009 Rit N° 6665-2009. Pág. 9.

³² Discusión del proyecto. Apertura de la discusión general. Ley N° 19.975, 05 de octubre de 2004. Chile. Modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas. Pág. 21.

alguna clase de peligro, ya que “*de otro modo, esta clase de incriminaciones podría llegar a convertirse únicamente en castigo de desobediencia, mediante una presunción absoluta de la existencia del peligro que fundamenta la incriminación. Esa presunción es contradictoria con el principio nulla poena sine iniuria y, en rigor, también con la prohibición constitucional de las presunciones de derecho en materia penal*”³³. Por tanto, si la concurrencia del peligro para el objeto de protección resultará excluida de modo absoluto y pudiese admitir prueba de la imposibilidad del peligro, podría impugnarse consecuentemente la tipicidad del hecho o, siquiera, la culpabilidad de su autor.

1.2 Objeto material:

El objeto material por definición hace referencia al objeto o persona sobre el cual recae la acción. En este caso en particular, tal como lo define el tipo penal consistiría en “*armas cortantes o punzantes*”³⁴.

Con relación a la definición de arma, el Código penal en su artículo 132 establece que un arma es entendida como: “*toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de él*”. Por consecuencia, el objeto material del delito tipificado en el artículo 288 bis vendría siendo un tipo de arma, las armas **cortantes o punzantes**, referencia típica del elemento distintivo y característica necesaria para que el delito se configure. Estas armas, además, deben ser un instrumento diseñado y objetivamente idóneo para defenderse o atacar generando daño, ya sea que esta arma originalmente cumpla esa función o se haya adaptado para tales efectos³⁵.

Es por ello que no quedan comprendidas como objeto material de este delito aquellos elementos que no reúnen tales condiciones y características, y no obstante puedan otorgarles una funcionalidad diferente ya sea como instrumento de ataque o de defensa, o que en razón de las condiciones o circunstancias de su porte puedan derivar en dicha finalidad. La condición alternativa de cortante o punzante restringe el objeto material a aquellas armas diseñadas o adaptadas para producir, como efecto derivado de su uso una separación del cuerpo o de sus partes (cortante), o una perforación o desgarró (punzante) de estos, así quedan excluidas las armas contundentes³⁶.

³³ Ibidem, Págs. 211-212.

³⁴ Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 199.

³⁵ Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 199.

³⁶ Cfr. Ibidem. Pág. 207.

1.2.1 Dimensión y longitud.

Es necesario que, en las características concretas del arma, sea idónea objetivamente para lesionar de modo relevante a otra persona, es decir, que efectivamente pueda ser utilizada como un instrumento de ataque de modo que *ex ante* su porte genere peligro, con suficiencia típica, requisito que no pareciera revestir, por ejemplo, un arma blanca de escasa longitud de la hoja³⁷.

Respecto a las dimensiones del arma y de la longitud, en la sesión N°25 de la Discusión General en Sala en la Cámara de Diputados, el Diputado José Antonio Galilea presentó una indicación para establecer una condicionante respecto de la dimensiones del arma blanca puesto que a su considerar, no era posible sancionar elementos cortantes o punzantes que no fueran idóneos para poner en peligro el bien jurídico protegido, así establecía que *“las armas cortopunzantes debían tener una dimensión mínima, pues es la única manera de evitar el mal uso de las facultad que se entregará a través de esta norma a la autoridad policial”*³⁸.

En esa misma línea, el Diputado René Manuel García expresó que, a su parecer, habría que definir en el proyecto de ley que se entendería por arma blanca, y establecer al mismo tiempo el largo que tendría su hoja, puesto que en sus palabras: *“Con esta disposición, por ejemplo, una lima de dos o tres centímetros que usan las damas para las uñas sería considerada arma blanca, por cuanto no se hace ninguna distinción. Para una hoja de dos centímetros o para un machete se establece la misma pena; la persona quedaría detenida porque se presume que anda con ella para cometer un delito. No sé qué se pretende con este proyecto. Si fuera para poner en jaque a todas las personas que, para su trabajo requieren un cuchillo, ello demostraría que los proyectos de este tipo se hacen pensando más en el delincuente que en la gente honrada. Habría que hacer otro tipo de leyes para detener a los delincuentes.*

*Por eso, como su señoría lo anticipó, se han presentado algunas indicaciones, por lo que el proyecto debe volver a Comisión. Con el diputado Galilea conversamos acerca de la necesidad de precisar, por ejemplo, aspectos tales como el largo de las hojas de las armas, las personas que, por trabajo, deben portar cuchillos, etcétera. Porque ¿debemos pensar que todos los que portan un arma blanca son delincuentes? Por supuesto que no. Entonces, ¿por qué vamos a castigar a todas las personas?”*³⁹.

La necesidad de establecer aquellas características propia del arma blanca con la cual se cumple con el tipo penal pareció ser imperiosa desde un inicio, tal cual como lo ejemplifican estas intervenciones y conversaciones de los Diputados Rene Manuel García y José Antonio Galilea, a lo cual se suma el Diputado Jorge Ulloa: *“Si se pretende sancionar a las personas que circulen*

³⁷ Ídem.

³⁸ Discusión del proyecto. Discusión general en sala. Cámara de Diputados Sesión N°25. Ley N° 19.975, 05 de octubre de 2004. Chile. Modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas. Pág. 17.

³⁹ Ibidem. Pág. 23.

por la vía pública portando un arma blanca, bastará con que en un control de identidad a alguien lo sorprendan con un cortaplumas pequeño, como los que usan los campesinos, para que el funcionario policial lo detenga por transgredir la ley. Por ello, el artículo 288 bis es impreciso y debe ser mejorado” ⁴⁰.

Respecto de ello, se presentaron indicaciones en la discusión del proyecto de ley por los diputados Álvarez-Salamanca, Galilea, don José Antonio García, don René Manuel Palma, para introducir en el artículo 288 bis, entre las palabras “punzantes, y “en la vía pública”, la frase “superior a 15 centímetros de longitud”, así poder especificar la norma, generando una definición de arma blanca y las características que esta debía tener, tal como la longitud. Las respuestas a estas indicaciones no fueron favorables, y en su lugar nos encontramos con una norma de amplia vaguedad que le deja un nivel alta de discrecionalidad tanto a los funcionarios policiales, como a los jueces.

1.2.2 Objetivamente idóneo.

La doctrina, como ya se señaló con anterioridad, ha establecido que el arma blanca como objeto material de este delito debe ser un instrumento diseñado y objetivamente idóneo para defenderse o atacar generando daño. Que sea objetivamente idóneo implica que debe reunir las condiciones necesarias y óptimas para cumplir un fin determinado, es decir, generar daño. Al ser un delito de peligro, la potencialidad del daño viene dada por estas características condicionantes del arma, que separe las carnes al ser cortante o que genere una perforación o desgarro al ser punzante.

Esta idoneidad objetiva tiene directa relación con la discusión sobre dimensiones que debiese tener el arma blanca para poder configurar el delito establecido en el artículo 288 bis. Es necesario que esta idoneidad del arma deba ser vista o cuestionada desde la suficiencia de las dimensiones del arma para poder llegar a determinar que se ha puesto en efectivo peligro el bien jurídico protegido.

El arma debe ser idónea para potencialmente lesionar de modo relevante a otra persona, es decir, para ser utilizada efectivamente como un instrumento de ataque, de modo que *ex ante* su porte genere el peligro con suficiencia típica que el delito pretende evitar conforme a los presupuestos de imputación objetiva de la conducta, requisito que según la jurisprudencia expuesta a continuación, no parece revestir, por ejemplo, un arma blanca de muy escasa longitud de hoja o no fuera apta en concreto para cortar o punzar.

La causa RIT N° 6665-2009 emitida por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago el 25

⁴⁰ Ídem.

de agosto de 2009 ha señalado que tratándose del porte de: *“un cuchillo de diminutas dimensiones, con una hoja de escaso filo, que tiene un largo de casi cinco centímetros de hoja, y un ancho de alrededor de un centímetro, un mango de seis centímetros a plena luz del día, a dos casas de distancia de su taller artesanal de confección de cueros [...] no puede sostenerse que la conducta ex ante, constituya un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico de la seguridad general o colectiva, faltando en consecuencia la imputación objetiva de la conducta necesaria en los delitos de mera actividad”*⁴¹.

Por otro lado, la causa RIT N° 9277-2015, del Segundo Juzgado de Garantía de Talca, 16 de noviembre de 2015, descartó la configuración del delito en tanto: *“se trata de una cortapluma que tiene seis centímetros de hojas, por lo que dada su características, más que fue portada por el requerido en la ciudad de San Clemente, que es arma cortante o punzante”*⁴².

La causa Rol N° 612-2009, el Primer Tribunal de Garantía de Curanilahue, 16 de noviembre del año 2009, se descarta la configuración del delito de porte de arma blanca, puesto que al registrar al sujeto: *“(...) encontrando oculto en el dorso de su pantalón un cuchillo de 0.17 centímetros de hoja y una empuñadura de color negro de 11,5 centímetros”*. En base a estas características del arma el tribunal estableció que, no se configura el delito del artículo 288 bis del Código penal en tanto: *“el elemento encontrado en su poder no tiene la calidad de arma”*⁴³.

En la causa Rol N° 1924-2007, la Corte de Apelaciones de Santiago, el día 14 de septiembre del año 2007, estableció en su considerando quinto que: *“(...) cuando sabido es, que en nuestra cultura cristiano occidental, esa arma de origen y tradición japonesa se utiliza normalmente como un elemento decorativo o deportivo en la práctica de artes marciales y no precisamente como un arma de defensa, como ocurre en la cultura oriental.*

*A lo anterior se suma que ese sable japonés, por sus características y dimensiones, de emplearse como arma, requiere que sus portadores posean un adiestramiento especial, lo que conforme al mérito del proceso no acontece con respecto al imputado [...] lo que hace aún más razonablemente cierto que el porte no estaba dirigido a alterar el orden o la seguridad pública, sino que como elemento decorativo en su vivienda”*⁴⁴.

En la Causa RIT N° 665-2009, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, el 25 de agosto de 2019, respecto a este tema estableció lo siguiente en su considerando séptimo: *“La pregunta entonces, ahora, en la etapa para arribar a una decisión condenatoria, no es si el requerido, señaló o no a los funcionarios policiales para qué usaba la especie, o con qué fin, sino que si fue*

⁴¹ SJG (4°) Santiago, de 25 de agosto de 2009, Rit N° 6665-2009. Pág. 13

⁴² SJG (2°) Talca, de 16 de noviembre de 2015, Rit N° 9277-2015. Pág. 4.

⁴³ SJG Curanilahue, de 16 de noviembre del 2009, Rol N°612-2009, Pág. 1.

⁴⁴ SCA Santiago de 14 de septiembre del 2007, Rol N° 1924- 2007. Pág. 3.

posible que el requerido justificará en la audiencia de juicio, razonablemente su porte, teniendo presente las consideraciones efectuadas en el Considerando Sexto de esta sentencia.

Por lo demás, falta también el último de los requisitos de la parte objetiva del tipo en comento, toda vez que tratándose de un artesano, y demostrando en la audiencia una experticia en el oficio de la confección de artículos de cuero, y habiéndose llevado a cabo la actividad policial a escasos metros de su taller, no puede sino concluirse que el acusado ha justificado razonablemente el porte del elemento cortopunzante”⁴⁵.

Como se puede apreciar, parte de la jurisprudencia ha establecido ciertos parámetros, aunque no del todo claros, respecto a las características específicas que debe tener el arma para que esta cumpla con ser objetivamente idónea y así generar un daño relevante. Ahora, el problema que ya era advertido por los legisladores es que sigue siendo un tema muy ambiguo, situación que pudo haberse resuelto con especificar las dimensiones o características del arma al momento de redactar el tipo penal, cuestión que no fue realizada.

Es la jurisprudencia que en fallos como estos ha intentado esclarecer aquello que la doctrina denomina idoneidad objetiva del arma. Sin embargo, el razonamiento de los tribunales en este sentido tampoco es unánime, pues en ocasiones ha determinado lo contrario, como por ejemplo: en la sentencia de la causa RIT N° 612-2009, del Juzgado de Garantía de Chiguayante el 6 de enero del año 2010, establece en sus considerandos segundo y tercero: “*Que conviene anotar que el artículo 288 bis del Código Penal no hace distinción en cuanto a una longitud determinada del arma cortante o corto punzante, por lo que basta que el elemento pueda ser utilizado para cortar o punzar.*”

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define por "porte": llevar o traer; en tanto por armas: instrumento, medio o máquina destinados a ofender o a defenderse; y por "cortante" que es un participio activo de cortar, que corta, es decir, dividir una cosa o separa sus partes con algún instrumento cortante. Por "punzante", el mismo Diccionario entiende: que punza, entendiendo por "punzada" herida ocasionada por la punta de un objeto.

Demás está señalar que el porte de arma del artículo 288 bis del Código penal es un delito de peligro, es decir, se está en presencia de un delito potencial o sujeto a la probabilidad de ser cometido”⁴⁶.

1.2.3 Derecho Comparado:

⁴⁵ SJG (4°) Santiago, de 25 de agosto del 2019, Rit N° 665-2009. Pág. 14.

⁴⁶ SJG Chiguayante, de 06 de enero del 2010, Rit N° 612-2009. Pág. 2.

En un contexto internacional se presentan escenarios en donde siguen el camino de la idoneidad objetiva del arma.

1.2.3.1 España.

En España la normativa de armas es restrictiva. La regulación está contenida, principalmente, en el Real Decreto 137/1993, modificado en el año 2011, el cual se enmarca en el ordenamiento dispuesto por la Directiva 914/477/CEE del año 1991.

En su normativa el Decreto Real consigna en su artículo 3º nueve tipos de categorías de armas reglamentadas, tales como las armas cortas y largas, escopetas, carabinas, armas blancas o fusiles de pesca submarina, entre otros.

En el artículo 4º letra f) del Decreto Real precisa que:

“4. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones:

f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales, a estos efectos, las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiagudas.”

Como bien puede observarse, al establecer que se entenderá por puñales, esclarece que se trata de un arma blanca con una longitud menor a 11 centímetros, con dos filos y puntiaguda. Así, determina una regulación clara respecto de la objetividad idónea que debe tener el arma para ser comprendidas por el tipo penal, no solo estableciendo una longitud específica, sino que además establece características de la hoja, cuestiones que posteriormente en la práctica evita que exista una mayor discreción judicial, puesto que solo deberá comprobarse si cumple con las características y dimensiones para entenderlo comprendido dentro del tipo penal.

1.2.3.2 Alemania.

Por otra parte, en Alemania se establece en la **Subsección 2 de la Waffengesetz** respecto objetos portátiles, que el porte de navajas en público está sujeto a disposiciones legales especiales y prohibiciones, especialmente respecto las navajas con una hoja que pueda accionarse con una mano, es decir que sea plegable o navajas fijas con una longitud de hoja de más de 12 centímetros.

1.2.3.3 Reino Unido.

En Reino Unido las características en cuanto a la prohibición del porte de un arma se encuentran en la Offensive Weapons, ley de justicia penal del año 1988, donde portar una navaja de más de 3 pulgadas o 7.62 centímetros de longitud en público puede ser sancionado con una multa y/o pena de prisión, a menos que haya un motivo legal para hacerlo.

Conforme a lo expuesto, es posible observar que, en el Derecho comparado, hay países que han determinado aquellas características que debe cumplir el arma para configurar el tipo penal, ya sea en cuanto a la longitud de la hoja o el tipo de navaja, hay especificaciones del objeto que consideraron relevantes dejar determinados. Nuestros legisladores no consideraron que fuera relevante hacerlo, sin embargo, hubiese sido importante para poder, por ejemplo, cumplir con el derecho fundamental de igualdad ante la ley, porque como se ha visto en el apartado anterior en los fallos Causa RIT N° 6665-2009, RIT N° 9277-2015, ROL N° 612-2009, ROL N° 1924-2007, RIT N° 665-2009 y RIT N° 612-2009, la jurisprudencia no tiene un criterio determinado respecto a la idoneidad del arma, fallando en un sentido u otro, ampliando innecesariamente la discreción judicial.

1.3 Conducta típica:

La conducta está determinada por el porte de armas cortantes o punzantes en espacios específicos, espacios cuyo común denominador consiste en la posibilidad de acceso relevante de público en el área. Al ser un delito de mera actividad, la descripción típica no requiere de la verificación de un resultado adicional separado de la conducta de portar el arma. El verbo *portar* refiere a la sujeción fáctica que se mantiene sobre el arma, tener o poseer un arma en términos de poder disponer de ella, es decir, tener un control de ella tanto actual como potencial, bastando con que se encuentra dentro del ámbito del control personal del agente y sea posible su utilización⁴⁷.

Así ha fallado en ocasiones la jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Santiago en Rol N° 1924-2007 el 14 de septiembre del 2007 establece en su considerando cuarto: “(...) *las motivaciones que tuvo el legislador para sancionar el porte de armas cortantes y punzantes, teniendo especialmente en cuenta los lugares específicos a los cuales se refiere la norma*”⁴⁸.

Al igual que la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa Rol N° 1738-2019, la cual con fecha de 25 de septiembre del año 2019, en su considerando cuarto establece que: “[...] *El tipo penal no exige que la especie cortante haya sido utilizada por el sujeto activo, tampoco exige que*

⁴⁷ Cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 201.

⁴⁸ SCA Santiago de 14 de septiembre del 2007, Rol N° 1924- 2007. Pág. 2.

el arma le pertenezca, completándose la acción solamente con blandir o portar una especie cortopunzante en las circunstancias descritas”⁴⁹.

Respecto al potencial peligro y a su inmediata utilización, la misma Corte de Apelaciones ha razonado en su considerando quinto: *“En modo alguno, puede estimarse que el interior de un vehículo, lugar donde se encontró el arma, por tratarse de un lugar cerrado y privado, en que no existe libre acceso de terceros, sea considerado como una vía o espacio público de aquello que refiere la norma, donde precisamente, lo que se tiene en consideración para sancionar es que efectivamente exista una amenaza o peligro real en la seguridad de las personas que se encuentran en espacios de reunión pública; amenaza o peligro real, que en este caso, evidentemente, no concurre respecto a terceros”⁵⁰.*

Así, a su vez, razonó la Corte de Apelaciones de Copiapó Rol N° 74-2006 el 05 de mayo del 2006: *“Luego, la ratio legis da cuenta de que el peligro se produce por el porte de armas blancas en lugares en que, de modo inmediato, el sujeto activo puede tener contacto directo con terceros contra quienes pueda emplear dichas armas, lo que, ciertamente, no concurre cuando las mismas se mantienen dentro de un lugar cerrado, como lo es un vehículo particular, en que, aunque resulte obvio decirlo, terceros no pueden tener libre acceso.*

[...]

Luego, en otros términos, encontrándose el imputado en posesión de una arma en un sitio cerrado, respecto del cual terceros no tienen libre acceso, no puede decirse que se esté en la descripción típica efectuada por el legislador y, por lo mismo, tal y como lo hizo el señor juez de garantía correspondía absolver al imputado”⁵¹.

Con relación a las determinadas circunstancias del lugar a la que se subordina la conducta típica sobre el porte de un arma cortante o punzante. Podemos observar una diferencia entre el inciso primero y segundo, diferencia que radica en la posibilidad de admitir justificación razonable respecto del porte de un arma blanca, posibilidad prevista solo para aquellos lugares consignados específicamente en el inciso segundo del artículo comentado con efectos excluyente de la pena.

La exclusión de la posibilidad de justificación racional del porte del arma en el inciso primero se adoptó en consideración a la mayor peligrosidad de la conducta en aquellos recintos donde se consumen bebidas alcohólicas, puesto que se considera que en estos lugares existe una mayor peligrosidad al momento de portar este tipo de armas.

⁴⁹ SCA Valparaíso de 25 de septiembre de 2019, Rol N° 1738-2019, Pág. 3.

⁵⁰ Ibidem, Pág. 6.

⁵¹ SCA Copiapó de 5 de mayo de 2006, rol N° 74-2006. Pág. 2.

En el inciso segundo, que además es el objeto de estudio de nuestra tesis, incorpora como lugares típicos los espectáculos públicos, establecimientos de enseñanza, las vías y espacios públicos emplazados en áreas urbanas, zonas y lugares que comparten como elemento distintivo la presencia de multiplicidad de personas.

El porte de un arma cortante o punzante en los lugares contemplados en el inciso segundo sólo es típico cuando en el supuesto de que el sujeto “*no pueda justificar razonablemente su porte*”. Elemento negativo del tipo penal que debe ser acreditado por quien acusa, es decir, acreditar la falta de justificación razonable y en cambio su presencia, es decir, la existencia de justificación razonable debe ser acreditada por la defensa⁵². Sin embargo, dicho análisis respecto su naturaleza y análisis doctrinal y jurisprudencial, se dedicará un capítulo completo más adelante.

Así lo advierte la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N°53-2005 del 26 de agosto del año 2005: “*El tipo penal contemplado en el artículo 288 bis del Código Penal es de peligro abstracto y se consuma con el sólo riesgo de lesión del bien jurídico protegido, fundándose en un elemento objetivo como lo es el porte de arma blanca en un lugar público, el propio tipo penal establece un elemento subjetivo de exculpación cuya existencia debe ser probada [...]*”⁵³.

1.4 Plano subjetivo:

Este se trata de un delito doloso, dolo que debe extenderse a todos los elementos del tipo y abrazar con ella no solo la conducta, sino que además su objeto material, es decir, el arma y sus particulares características, todo ello conforme a las reglas generales de imputación subjetiva⁵⁴.

Como lo han entendido los autores Héctor Hernández y Jaime Couso, el inciso segundo requiere como elemento subjetivo del tipo la finalidad de atentar con el arma en contra de otra persona, como lo requieren los delitos en contra de bienes personalísimos. Disposición subjetiva que dota de peligrosidad jurídico-penalmente relevante a la conducta de porte que presume, mediante una presunción simplemente legal, siendo cargo del agente su desactivación mediante la provisión de antecedentes que permitan descartar la finalidad delictiva⁵⁵.

Así lo establece la Corte de Apelaciones de Concepción en su sentencia Rol N°93-2015 dictada el día 20 de marzo del año 2015, en donde en su considerando octavo determina que: “*tratándose de un delito de peligro, el riesgo creado por el tipo debe estar objetivamente cubierto en la conducta del individuo descrita del tipo*”⁵⁶.

⁵²Ob. cit. Cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 205.

⁵³ SCA Concepción de 26 de agosto de 2005, Rol N° 531-2005. Pág. 1

⁵⁴ Ibidem. Pág. 211.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ SCA Concepción de 20 de marzo del 2015, Rol N° 93-2015. Pág. 1.

Esta posibilidad de exculpación no existe en el inciso primero, es decir, no admite en razón del porte de un arma cortante o punzante en el contexto fáctico de lugares destinados a la compra, venta e ingesta de bebidas alcohólicas, escenario que condiciona *ex ante* la peligrosidad general de la conducta⁵⁷.

Con el presente análisis del tipo, sus elementos y el estudio de la creación e historia de la ley, se nos permite identificar las cuestiones básicas, pero estructurantes de nuestro actual artículo 288 bis del Código penal. Esta estructura básica nos facultará para poder comenzar el siguiente capítulo con el análisis específico del inciso segundo de esta norma y así poder determinar la naturaleza y el alcance de la justificación razonable como causal de exclusión de culpabilidad y su discusión doctrinal. Tras ello, poder finalmente determinar si en aquella justificación razonable habría cabida para una justificación con perspectiva de género.

⁵⁷ Ob. cit. cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 211.

CAPÍTULO III

SENTIDO Y ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “CUANDO NO SE PUEDA JUSTIFICAR RAZONABLEMENTE SU PORTE”.

1. Justificación Razonable.

Como ya quedó establecido previamente, el objeto de análisis de esta tesis es específicamente el inciso segundo del artículo 288 bis del Código penal, el cual determina: *“Igual sanción se aplicará al que en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanza o en vías o espacios públicos en áreas urbanas portare dichas armas, **cuando no pueda justificar razonablemente su porte.**”*

De dicha redacción se extrae que el porte de un arma cortante o punzante en los lugares contemplados en este inciso sólo es típico en el supuesto que el sujeto **“no pueda justificar razonablemente su porte”**.

1.1 Naturaleza: ¿elemento del tipo o causal de justificación?

La jurisprudencia expuesta a continuación, ha oscilado respecto a la naturaleza de esta cláusula, por una parte, considerándola como un elemento negativo del tipo penal, el cual debería ser acreditado en consecuencia por la acusación y, por otro lado, como la posibilidad de eximir de responsabilidad penal al sujeto activo de la conducta, una causal de justificación formando parte del análisis de antijuricidad o culpabilidad, cuya presencia debería ser acreditada por la defensa⁵⁸. Respecto a ello:

Entre otras, la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia Rol N°237-2012 dictada el 29 de junio del año 2012, entiende dicha parte de la disposición como: *“La existencia de la posibilidad de eximirlo de responsabilidad penal en el caso de concurrir a su respecto una causal de justificación de tales armas, justificación que le corresponde al propio agente que pretende alegarla”*⁵⁹.

En esa misma línea, considerándolo como una posibilidad de exención de responsabilidad, la Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia causa Rol N° 293-2008 dictada el 22 de agosto

⁵⁸ Ob. cit. cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 294.

⁵⁹ SCA Concepción del 29 de junio de 2012, rol N° 237-2012. Pág. 1

de 2008 sostuvo que: “*La justificación razonable del porte de la misma arma cortante o punzante, no constituye un elemento del tipo, sino una causal de exención de responsabilidad y dentro de ésta, un motivo de justificación*”, así “*la carga de la prueba de tal circunstancia, incumbe a quien pretende aprovecharse de ella y no al ente persecutor, quien, de otra forma, estaría en la obligación imposible de probar un hecho negativo*”⁶⁰.

Así mismo, la Corte de Apelaciones de Concepción en la sentencia causa Rol N° 237-2012 dictada el 29 de junio del año 2012, establece en su considerando noveno que: “*[...] referida a la existencia de la posibilidad de eximirlo de responsabilidad penal en caso de concurrir a su respecto una causal de justificación del porte de tales armas, justificación que le corresponde al propio agente*”⁶¹.

La Corte de Apelaciones de Concepción en la causa Rol N° 531-2005 del 26 de agosto del 2015 en su considerando décimo, establece que: “*Ahora, bien dada su naturaleza antes descrita, es el propio tipo penal el que establece un elemento subjetivo de exculpación cuya existencia debe ser probada*”⁶².

Por otro lado, en la postura contraria, la Corte de Apelaciones de la Serena, el 16 de enero del año 2007 en la sentencia de la causa Rol N° 375-2006, consideró que el precepto: “*contempla una causa de atipicidad: la justificación razonable en el porte de las armas que indica, que elimina el comportamiento típico, cuando el autor da razones justificadas del porte de las armas cortantes o punzantes*”, señalando que es “*una causal de atipicidad fundada en la adecuación social de la conducta, ello porque existen ciertas actividades que admiten el porte de armas siendo esta conducta tolerada por la sociedad, no siendo socialmente lesivos los hechos habitualmente tolerados*”⁶³.

Respecto a qué categoría corresponde la cláusula y el destinatario de la carga de proponer y acreditar la verificación, son dos cuestiones diferentes. Si bien la regla general es que quien acusa debe demostrar los elementos típicos del delito que imputa, y corresponde a la defensa la alegación y prueba de la concurrencia de una causal de exclusión de la responsabilidad, ya sea justificante o exculpante⁶⁴.

El problema de adscribir a dicha cláusula de excepción una referencia condicional a la presencia de una justificante, radica en el reducido catálogo positivo de ellas en nuestra legislación lo que no permite dar una respuesta satisfactoria a todos los supuestos en que pueda justificarse de modo plausible y razonablemente el porte de un arma blanca. Pues, en casos que se asocie este

⁶⁰ SCA Rancagua, 22 de agosto del 2008, Rol N°293-2008. Pág. 3.

⁶¹ SCA Concepción de 29 de junio del 2012, Rol N° 237-2012. Pág. 5.

⁶² SCA Concepción de 26 de agosto del 2005, Rol N°531-2005. Pág. 3.

⁶³ SCA Serena, 16 de enero 2007, rol N°375-2006. Pág 2.

⁶⁴ Ob. cit. cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 206.

porte al ejercicio de una profesión, oficio o cargo, es idóneo recurrir a la exención del artículo 10 N° 10 del Código penal, si bien, estos supuestos son los comunes y fueron aquellas situaciones que surgieron durante la discusión de la creación de la ley, no es una eximente que resulte adecuada para comprender otros supuestos distintos en los cuales razonablemente puedan explicar el porte de un arma blanca, más aún, considerando que dicha disposición debe entenderse en clave de ausencia de un propósito delictivo en contra de bienes jurídicos personalísimos⁶⁵.

De ese modo, esta cláusula de justificación razonable de la tenencia de este tipo de armas constituye, según los profesores Héctor Hernández Basualto y Jaime Couso Salas, “*una exigencia negativa del tipo penal, cuya proposición y prueba es de cargo de la defensa, eso es, una presunción simplemente legal de su concurrencia*”⁶⁶.

Como constata la abogada María Inés Horvitz y el profesor José Luis Guzmán, esta cláusula subordinada a la configuración del injusto a la ausencia de una justificación razonable de su porte, con un enfoque tanto dogmático, como jurídico penal, considerándolo como una exigencia negativa del tipo penal, como aquella que impide la subsunción típica completa del hecho punible. Procesalmente entienden que su proposición y prueba es de cargo de la defensa, lo que debe ocurrir en la etapa de invocación de causas de exclusión del injusto o de la culpabilidad, es decir, el órgano persecutor ha descartado la alegación respectiva durante la investigación⁶⁷.

Respecto a esta postura doctrinaria, a la cual adherimos, la jurisprudencia también en ocasiones se ha pronunciado respecto a ella:

Así lo ha establecido el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago en sentencia causa Rol N° 6665- 2009 dictada con fecha 25 de agosto del año 2009, la cual establece en su considerando sexto: “*Que para que concurra el tipo penal del delito de porte de arma cortante o punzante prescrito y sancionado en el artículo 288 bis del Código Penal, por el cual el Ministerio Público acusó, deben acreditarse los siguientes elementos: a) una conducta consistente en portar un arma cortante o punzante; b) que la conducta sea llevada a cabo en recintos de expendio de bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local o bien en espectáculos públicos, en establecimientos de enseñanzas o en vías o espacios públicos en áreas urbanas portare dichas armas y c) Que el sujeto activo no pueda justificar razonablemente su porte.*

Que el delito sea de mera actividad, no significa en caso alguno que el legislador pretenda sancionar la mera desobediencia, ni mucho menos (como lo sostiene equivocadamente parte de

⁶⁵ Ibidem. Pág. 297.

⁶⁶ Ob. cit. cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 297.

⁶⁷ María Inés Horvitz Lennon, José Luis Guzmán Dalbora. (2019). Recensión: Jaime Couso Salas; Héctor Hernández Basualto (Dir.): Código penal comentado. Parte especial. Libro segundo, título VI (arts. 261 a 341). *Política criminal*, 14(28), Pág. 601.

la doctrina), que por el solo hecho de llevar a cabo la conducta descrita en el tipo, deba presumirse de derecho la responsabilidad penal del sujeto activo, interpretación inadmisibles en un Estado Democrático de Derecho, respetuoso de los límites al *ius puniendi* y que se encuentra proscrita conforme al texto expreso del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República”⁶⁸.

Así también lo ha establecido la Corte de Apelaciones de la Serena en la sentencia causa Rol N° 375- 2006 dictada con fecha 16 de enero del año 2007, en la cual en su considerando quinto establece: “Que el tipo penal del inciso 2° del artículo 288 bis exige además para su configuración que el sujeto activo no justifique razonablemente su porte de las armas en los lugares que indica [...]”⁶⁹.

Debe tenerse presente, tal y como lo expresa el autor Rettig Espinoza, que, en la evolución de la teoría del delito, la doctrina mayoritaria atiende a la necesidad de establecer en la tipicidad algún tipo de restricción a la causalidad a la hora de imputar un resultado a la conducta de un sujeto mediante la formulación de criterios normativos⁷⁰.

En efecto, según este autor, parte de la doctrina está de acuerdo en exigir el requisito normativo de la imputación objetiva de la conducta en los delitos de mera actividad y de peligro para poder atribuir responsabilidad penal al sujeto activo. Si bien, reconoce que en esta clase de delitos no resulta necesario probar un resultado determinado separado de la conducta, ni mucho menos un nexo entre la conducta y dicho resultado, como sí ocurre en los delitos de lesión o de daño como en el delito de homicidio o las lesiones, ello no exime de la obligación de acreditar, conforme al principio *nulla poena sine iniuria* o de lesividad, que la conducta desplegada por el sujeto activo constituye *ex ante* un riesgo normativo típicamente relevante para el objeto de tutela. Por lo tanto, la tipicidad es un juicio provisorio de ilicitud, el juicio definitivo depende de si concurre o no alguna causal de justificación⁷¹.

En el mismo sentido, la línea doctrinal propuesta por los profesores Politoff, Matus y Ramírez, establecen que en relación a los elementos negativos del tipo: “Si se admite que el juicio sobre la tipicidad no es puramente descriptivo y no valorativo, como quería BELING, sino que supone ya juicios, respecto del desvalor de la conducta y del resultado, es explicable que surja la pregunta de si tal vez no sería más razonable seguir el criterio de buena parte de la doctrina italiana que prescinde del elemento antijuricidad, por considerarlo, no un elemento, sino que la

⁶⁸ SJG (4°) Santiago de 25 de agosto del 2009, Rol N° 6665- 2009. Pág. 8.

⁶⁹ SCA La Serena de 16 de enero de 2007, Rol N° 375-2006. Pág. 3.

⁷⁰ Mauricio Rettig. (2009). Desarrollo Previsible de la Relación entre la Antijuricidad y la Culpabilidad. *Revista de Derecho*, (XXII). Pág. 199.

⁷¹ Ibidem, Págs. 194 - 200.

esencia misma del delito. Ello significaría que las causas de justificación no serían otra cosa que elementos negativos del tipo legal”⁷².

Respecto de la teoría de los elementos negativos del tipo penal, la norma permisiva define el alcance del imperativo, coarta el ámbito de su extensión posible, y no sólo el ámbito de su aplicabilidad. En otros términos, bajo esta concepción no se trata de una relación entre dos normas bajo la modalidad regla general-excepción, o bien bajo la forma de una eventual antinomia, sino que la proposición permisiva constituye ya una limitación interna de la extensión de la norma prohibitiva o imperativa, que es la única norma⁷³.

En ese sentido y de acuerdo a las doctrinas citadas, se puede extraer que, en consecuencia, en el tipo penal de porte del arma cortante o punzante en espacios públicos, la justificación de su porte establecida en el inciso segundo construiría un elemento permisivo dentro de la norma prohibitiva, por tanto, como tal constituye un elemento negativo del tipo penal.

1.2 Fórmula “cuando no pueda justificar razonablemente su porte”.

Esta fórmula presenta una estructura indeterminada y amplia, que extiende su ámbito de operatividad y las exigencias para el sujeto activo, más allá del delimitado por el peligro que constituye el fundamento de la incriminación penal, es decir, el riesgo de afectación de la seguridad pública por medio de una lesión potencial de bienes jurídicos personales, puesto que se estructura formalmente como una exigencia de justificación relativa a que la tenencia no está subordinada a la comisión de delitos, es decir, razones que descartan que el arma que se detenta está destinada a atentar contra otras personas, ámbitos de exigencia que si bien pueden coincidir para algunos supuestos, no necesariamente lo hacen para todos ellos⁷⁴.

Ahora, si consideramos que el fundamento de la incriminación consiste en evitar la afectación de bienes jurídicos personalísimos a través del uso de un arma blanca, es la utilización del arma y no su mera tenencia la que genera daño a las personas. Así, su porte sólo impondrá un peligro relevante para dichos bienes jurídicos cuando esté subordinado a la finalidad de atentar contra otras personas, dado que este peligro justificaría el adelantamiento punitivo de la barrera de protección propio de los delitos de peligro⁷⁵.

⁷² Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, (2009). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de las Américas. Pág. 195.

⁷³ Juan Pablo Mañalich. (2003). Consideraciones Acerca Del Error Sobre La Concurrencia De Los Presupuestos Objetivos De Las Causas De Justificación. *Revista de Estudios de la Justicia*, (3). Pág. 149.

⁷⁴ Ibidem. Pág. 298.

⁷⁵ Ob. cit. cfr. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019) Thomson Reuters. Pág. 203.

Desde ahí resulta más adecuado entender, la cláusula de atipicidad, como un elemento negativo del tipo, la clave de antecedentes con capacidad suficiente para descartar la tenencia del arma como adscrita a la comisión de delitos contra las personas, bastando con que las circunstancias asociadas al porte de esta y las características particulares de ella, pueda ser descartada tal finalidad o al menos plantear una duda razonable al respecto⁷⁶.

La ponderación de la razonabilidad de la justificación de la tenencia del arma debe realizarse al tenor de la utilización posterior del arma para la comisión de delitos en contra de las personas. Por ello, razones que en principio no sean suficientes para justificar el porte de arma blanca en un lugar determinado, si lo sean para descartar dicha finalidad delictiva en el mismo lugar⁷⁷.

1.2.1 Interpretación de la ley penal.

La norma jurídica debe entenderse como la regla de conducta en un determinado tiempo y lugar, teniendo en cuenta los valores establecidos según la cultura predominante, señalando la obligación de hacer o no algo, cuyo fin es el cumplimiento de una ley⁷⁸.

La interpretación de estas normas es una operación intelectual por medio de la cual se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley, para determinar los supuestos contenidos en ella y determinar su aplicabilidad al supuesto de hecho que se presenta al intérprete⁷⁹. No obstante, como establece el profesor Marcial Rubio: *“El problema de la interpretación jurídica aparece cuando el que quiere decir la norma jurídica aplicable, no queda lo suficientemente claro a partir de la aplicación de la teoría de las fuentes y del análisis lógico-jurídico interno de la norma. Este problema de interpretación puede surgir del texto mismo (es oscuro en sí), o de su aplicabilidad a un caso concreto (el texto normativo es claro, pero no se puede saber con claridad su significado a partir de los matices fácticos del caso al que se quiere aplicarla)”*⁸⁰.

La ley penal en su aplicación debe respetar los lineamientos del principio de legalidad. Nuestro derecho positivo contiene reglas de interpretación, las cuales se encuentran establecidas en el Código civil entre los artículos 19 al 24, normas que poseen un valor obligatorio para toda la interpretación de la legislación incluyendo las leyes penales⁸¹.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Ibidem. Pág. 210.

⁷⁸ Luis Bramont-Arias. (2003). Interpretación de la Ley Penal. *Derecho & Sociedad*, (20). Pág. 174.

⁷⁹ Ibidem. Pág. 3.

⁸⁰ Marcial Rubio. (2009). *El Sistema Jurídico- Introducción al Derecho Quinta Edición*. Perú: Fondo Editorial. Pág. 222.

⁸¹ Cfr. Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, (2009). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de las Américas. Pág. 110.

1.2.1.1 Sentido literal e interpretación gramatical.

La interpretación en base a el sentido literal de las normas penales equivale a lo que en la doctrina civilista tradicional se conoce como el elemento gramatical, el cual constituye la base de las reglas de interpretación del Código civil, cuyo artículo 19 inciso 1°, exige que el intérprete procure de extraer el sentido del precepto legal de su propio texto. No obstante, como advierte Bello la determinación del sentido literal posible es solo el punto de partida de la labor interpretativa, *“En las leyes penales se adopta siempre la interpretación restrictiva: si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición”*⁸². De lo anterior se infiere que el tenor literal está concebido como una clara garantía en contra de la llamada interpretación extensiva fundada en el espíritu de la ley.

El sentido literal o el elemento gramatical posible de un texto legal se determina considerando las tres reglas contenidas en los artículos 20 y 21 del Código civil: (i) Interpretando las palabras de la ley en su sentido natural y obvio, esto es según el uso general de las palabras; (ii) Recurriendo a definiciones legales, cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias; (iii) Atendiéndolas en su sentido técnico.

1.2.1.2 Interpretación teleológica.

Conforme con lo establecido por el artículo 19 del Código civil, si bien, para interpretar una expresión obscura de la ley se puede recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento. La finalidad de la ley se debe buscar sólo si la expresión de la ley de que se trata es oscura, ya que prima la literalidad cuando el sentido de la ley es claro⁸³. Para poder desentrañar esta finalidad de la ley tenemos dos vías, la vía objetiva, es decir, tratando de descubrir la intención o espíritu de la ley en ella misma y vía la subjetiva, es decir, acudiendo a la historia fidedigna de su establecimiento.

Esta voluntad de la ley se descubre con el auxilio del método sistemático. Este concepto se expresa en el artículo 22 del Código civil, al establecer: *“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”*. Como establecen los autores, Politoff, Matus y Ramírez, el carácter teleológico de la interpretación, se expresa en la significación del bien jurídico tutelado como elemento fundamental para la comprensión de las figuras legales, así las distintas posibilidades de

⁸² Andrés Bello. (1872). Obras completas de Don Andrés Bello. Volumen XII. Santiago: Impreso por G. Ramírez. Pág. 25.

⁸³ Cfr. Ibidem. Pág. 112.

interpretación de un elemento del tipo legal sólo pueden tomarse en cuenta aquellas de las que resulta la protección del bien jurídico que se busca resguardar⁸⁴.

1.2.1.3 Interpretación en relación a los resultados.

Independientemente de cuál sea el mecanismo o la fórmula de interpretación que se elija, conforme a su resultado, se puede realizar de forma extensiva o de forma restrictiva.

1.2.1.3.1 Interpretación extensiva:

Este tipo de interpretación surge cuando se amplía el significado natural de las palabras empleadas, para hacerlas coincidir con la voluntad de la ley. Esto se da porque, pareciera que ciertos supuestos no están incluido dentro del alcance de la ley, en otras palabras, la ley escrita dice menos de lo que se busca expresar⁸⁵.

Supone, la inclusión en el correspondiente término legal del máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, pero sin rebasarlo, porque de lo contrario entraríamos en el campo de analogía vulnerando así el principio de legalidad⁸⁶.

No obstante, una interpretación extensiva del tipo, que buscaría una mejor protección del bien jurídico protegido, significa un quebrantamiento de las reglas legales de interpretación y una violación de la prohibición de la analogía, derivada del principio de legalidad⁸⁷.

1.2.1.3.2 Interpretación restrictiva

La interpretación restrictiva surge cuando el intérprete asigna al precepto un ámbito de aplicación más estrecho que el que le corresponde según el sentido usual de los términos⁸⁸. En otras palabras, la palabra de la ley excede la voluntad de la misma y, por tanto, esta se debe reconducir⁸⁹.

⁸⁴Cfr. Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, (2009). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de las Américas. Pág. 112.

⁸⁵ Luis Bramont-Arias. (2003). Interpretación de la Ley Penal. *Derecho & Sociedad*, (20) Pág. 181.

⁸⁶ Cfr. Esperanza Vaello, Lección 4: La interpretación (2002) Introducción al Derecho Penal. Pág. 67.

⁸⁷ Cfr. Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, (2009). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de las Américas. Pág. 112.

⁸⁸Cfr. Esperanza Vaello, Lección 4: La interpretación (2002) Introducción al Derecho Penal, pp. 61–74. Pág. 67.

⁸⁹ Luis Bramont-Arias. (2003). Interpretación de la Ley Penal. *Derecho & Sociedad*, (20). Pág. 180.

Esta interpretación va en plena correspondencia con lo que determina el artículo número 5 del Código procesal penal en Chile, el cual en su inciso segundo establece que:

“Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

Es en ese sentido, que ha razonado en ocasiones los tribunales de justicia:

En la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 1924-2007, dictada con fecha 14 de septiembre del año 2007, el tribunal en su considerando sexto estableció: *“Que, además considera esta Corte que la interpretación del tipo penal debe ser especialmente restrictiva, por tratarse de una disposición penal y por tratarse de un delito de peligro en que ya el legislador ha adelantado la punición, por lo que está hermenéutica exige no adelantar aún más este umbral, de suerte de incorporar situaciones o actos anteriores o no idóneos para configurarlo”*⁹⁰.

En esa misma línea, la Corte de Apelaciones de Copiapó en la sentencia Rol N°74-2007 dictada con fecha 05 de mayo del año 2006, establece en su considerando sexto lo siguiente: *“Que, por último, aun asumiendo que la circunstancia de portar el arma en un vehículo eventualmente pudiera tipificar el ilícito previsto en el artículo 288 bis del Código Penal -lo que, por lo demás, requeriría hacer una interpretación extensiva de la norma-, y aun cuando éste sea de aquellos considerados como de peligro abstracto, es decir, a los que el legislador le basta con la ejecución de la conducta descrita en el tipo la que por sí misma tendría aptitud para causar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, no puede dejar de considerarse, en todo caso, que requiere siempre la ejecución de la acción peligrosa, lo que el profesor don Enrique Cury denomina: la peligrosidad intrínseca de la acción, (Derecho penal, parte general, pág. 293) lo que no puede predicarse de aquella que ejecutara el imputado, considerando que fue sorprendido bebiendo al interior de un vehículo, en horas de la madrugada, no pudiendo deducirse, en términos objetivos, que el porte de arma en esas circunstancias sea esencialmente peligroso”*⁹¹.

¿Cuál sería la razón por la cual interpretar se debe interpretar las normas penales de forma restrictiva? La Corte Suprema ha respondido esta pregunta, en diversos fallos, como por ejemplo, con fecha del 08 de junio de 2022 Rol N° 63.371-2020, determina que *“Las normas penales deben ser interpretadas restrictivamente sólo en el caso de afectar derechos fundamentales de los imputados, pero no cuando ellas dicen relación con los efectos libertarios de cualquier apremio o restricción a su libertad, como ocurre con el abono pedido por el amparado, conforme a las características ya descritas; lo que está en concordancia con la garantía que reconoce el artículo*

⁹⁰ SCA Santiago, de 14 de septiembre de 2007, Rol N° 1924-2007. Pág. 3.

⁹¹ SCA Copiapó de 5 de mayo de 2006, rol N° 74-2006, Pág. 3.

19, N° 7 de la Constitución y con la norma del artículo 5° del Código Procesal Penal que dispone: *“Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.”*⁹², mismo razonamiento que ha aplicado en las causas Rol N° 4304-19, Rol N° 65.831-21.

Independientemente del sistema de interpretación que se escoja, ya sea el elemento gramatical o teleológico, el resultado de esa labor interpretativa siempre tendrá que ser encausada a una interpretación restrictiva de la norma de forma sistemática e integral, es decir, tanto, el porte de un arma blanca, como sus características propias, las circunstancias que rodean el hecho, el lugar, y la justificación razonable tienen que causar siempre en una interpretación restrictiva, lo cual impide ampliar la aplicación del tipo a circunstancias que no revisten la característica de delito.

Es importante tener esto en claro a la hora de poder constatar la justificación razonable entregada por las personas que portan el arma, porque como observamos, si empleamos el elemento gramatical, es decir, aquel significado que emplea las palabras al hablar de justificación razonable, esta implica una justificación que emplee la razón y lógica en cuanto parezca razonable que sea una circunstancia que sí se esté dando y no sea algo inventado por el sujeto para eludir la sanción establecida por el tipo penal. Es decir, debe tenerse en cuenta que esta interpretación debe realizarse de forma sistemática e integral, por tanto, la interpretación restrictiva parte desde “el que porte” hasta la “justificación razonable”, o sea, debe abarcar cada elemento del tipo, expuesto de forma previa.

Haciendo un análisis del artículo 288 bis inciso segundo del Código penal, desde el aspecto teleológico, es decir, desentrañar la voluntad de la ley a través de la historia fidedigna, si se observa como esta fue planteada desde un inicio en el Capítulo I de esta tesis, comprendemos que esta nace y se crea para evitar situaciones de peligro ocasionados por las pandillas y grupos delictuales. En ese sentido, lo que se busca desde un inicio con esta norma es evitar que den situaciones delictuales de una característica propia y específica, es decir, portar esta clase de elementos con fines delictivos, de esta forma podría caber cuestionarse si esto excluirá el porte de este tipo de armas, con la finalidad de generar una sensación de seguridad en un contexto donde los delitos en la vía pública van en incremento.

Esta interpretación restrictiva de la norma tiene que ser considerada al momento de contemplar las características del arma, es decir si este es un arma “tipo carnicero” de 20

⁹² SCS (2°) Santiago, de 08 de junio de 2022, Rol N° 63.371-2020. Pág. 5.

centímetros con filo, en comparación con una navaja de 5 centímetros que forma parte de un “llavero de defensa personal” que porta una mujer que debe trasladarse desde el trabajo o universidad hacía su casa.

CAPÍTULO IV

EL ACOSO SEXUAL CALLEJERO

1. Fenómeno de acoso y abuso sexual callejero.

El acoso sexual y abuso callejero, tiene múltiples definiciones, no obstante, la definición entregada por el autor Hugo González puede considerarse como la más completa, ya que comprende: *“acciones, gestos, y manifestaciones de naturalezas sexuales y misóginas, no consentidas y habituales que hombres desconocidos dirigen hacia las mujeres en los espacios públicos y tienen como efecto anular a la mujer como sujeto d derechos al situarla como un objeto sexual a través de la humillación, el miedo y la intimidación”*⁹³.

En Chile el Observatorio contra el acoso callejero lo define como: *“Todas aquellas prácticas con connotación sexual explícita o implícita, que ocurren con carácter de unidireccionalidad entre desconocidos dentro de los espacios públicos, con el potencial de provocar malestar”*⁹⁴.

El análisis de este fenómeno nos permite dimensionar sus repercusiones en la vida cotidiana y en nuestra cultura como sociedad, siendo una forma concreta de violencia de género que afecta de forma considerable la vida de las personas. Tal como se presentará más adelante este es un fenómeno que afecta principalmente a mujeres en espacios públicos y privados.

Este tipo de violencia posee características particulares, generalmente gran parte de las víctimas de este tipo de violencia son mujeres, siendo sus principales actores hombres. Esta se produce en una interacción cara a cara, normalmente en ambientes públicos, como, por ejemplo, calles, veredas, transporte público, en general, cualquier lugar de acceso público.⁹⁵

Esta conducta de acoso sexual callejero vulnera un sin número de Derechos Humanos de las mujeres víctimas. Algunos de ellos son: el derecho a la libertad, al libre tránsito, a la integridad física y moral y en especial el derecho a una vida libre de violencias y a una vida libre de prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. De esta manera, el acoso sexual callejero es una de las principales formas de violencia que las mujeres han tenido que padecer a través de la historia y que siguen sufriendo cuando transitan y habitan espacios públicos, territorios que se vuelven inseguros y en los que violentan sus derechos fundamentales⁹⁶.

⁹³ Hugo González. (2020). Percepción del Acoso Sexual Callejero en Mujeres. Revista Psicología para América Latina, (34). Pág. 122.

⁹⁴ OCAC. (2015) ¿Está Chile dispuesto a sancionar el acoso callejero? (2015). Pág. 12.

⁹⁵ Ibidem. Pág. 8.

⁹⁶ Sara María Astrálaga, Julieta Olarte Espitia, (2020). Acoso Sexual Callejero y Derechos Humanos. *Universitarias Estudiantes Bogotá*, (21). Pág. 189.

1.1 Análisis de características.

1.1.1 Tipo de interacción:

El acoso y abuso callejero abarca una gran variedad de situaciones, incluyendo expresiones verbales, actos no verbales, conductas que pueden llegar a involucrar contacto físico, registros audiovisuales, y actos intimidantes, como acercamientos imprudentes, exhibicionismo, masturbación pública, persecución, etc. Pero, particularmente las formas más comunes⁹⁷ son:

❖ Acoso verbal y no verbal:

- Miradas lascivas,
- Silbidos, besos, bocinazos, jadeos y otros ruidos,
- Comentarios sexuales explícitos o implícitos “piropos”.

★ Tres de cada cuatro personas aseguran haber sido víctimas de este tipo de acoso.

❖ Acoso físico:

- Roces, tocaciones y “agarrones”, dirigidos a partes íntimas o no íntimas del cuerpo,
- Presión intencional de genitales hacia el cuerpo de la víctima “punteos”.

★ Cuatro de cada diez personas aseguran haber sido víctimas de este tipo de acoso.

❖ Registro audiovisual:

- Fotografías y grabaciones no consentidas,

❖ Acoso grave:

- Persecución, ya sea a pie o con medios de transporte,
- Arrinconamiento y otras formas de acercamientos intimidantes,
- Exhibicionismo,
- Masturbación pública, con o sin eyaculación, etc.

★ Tres de cada cuatro personas aseguran haber sido víctimas de este tipo de acoso.

⁹⁷ OCAC. (2015) ¿Está Chile dispuesto a sancionar el acoso callejero? (2015). Pág. 8.

1.1.2 Lugar Público:

El espacio público es un lugar donde convergen diversos escenarios, un lugar de encuentro y socialización en el cual cada uno puede gozar de los placeres de la pura sociabilidad, vida relacional sin objeto concreto, donde al mismo tiempo se puede ejercer el derecho a hablar y hacer con relación a los asuntos públicos, un lugar donde coinciden y se confrontan relaciones de poder, búsqueda y ejercicio de libertades individuales y colectivas. En resumen, podría decirse que el espacio público es el lugar donde se concreta la cosa pública, que es para todos, en donde se espera no existan restricciones explícitas de acceso para nadie. Considerando la libertad que conlleva este espacio, el ejercicio de estos tipos de agresiones trae como consecuencia múltiples exclusión a quienes son víctimas de estos, ya que hay una alteración en sus hábitos y conductas frecuentes⁹⁸.

Así, todo un conjunto de individuos y de grupos sociales concretos quedan fuera del espectro de acceso a estos espacios. Las mujeres son las primeras en experimentar esta invasión y agresión de sus cuerpos, lo que pone en cuestión la máxima de que el espacio público es un lugar de y para todos⁹⁹. Como señala Delgado en su texto *Sociedades Movedizas*, la incursión de las mujeres al espacio público no ha supuesto “*la desaparición de la naturaleza fuertemente sexuada de la actividad en las calles y plazas, ni en los lugares semipúblicos de diversión*”¹⁰⁰. Las desigualdades entre hombres y mujeres son una construcción fundadora del orden social por lo cual la violencia contra ellas en esos lugares traduce de forma cabal estas desigualdades de poder entre los sexos¹⁰¹.

En ese sentido, pervive en el imaginario colectivo, la percepción de que la violencia que viven las mujeres fuera de casa, por el hecho de ser mujeres es de su responsabilidad y no un problema que debe competir a los poderes públicos, atender y prevenir, por lo cual, este acto no es reprimido por el entorno en tanto ha existido una aceptación tácita de que el espacio público es de dominio masculino, por lo que la mujer en dichos espacios públicos queda reducida a un cuerpo en territorio ajeno, cuerpo que puede ser observado, tocado y del cual se pueden emitir opiniones¹⁰².

Bajo esa lógica, si una mujer es acosada o atacada sexualmente en un lugar público, en principio, se pone en cuestión su comportamiento y manera de vestir, además de las razones de su presencia en el sitio y horario de la agresión. Ante esa inseguridad actual, las mujeres ofrecen

⁹⁸ Cfr. Mercedes Zúñiga. (2014). Las mujeres en los espacios públicos: entre la violencia y la búsqueda de libertad. *Región y sociedad*, 4, 79-100. Pág. 78.

⁹⁹ Ídem. Pág. 79.

¹⁰⁰ Manuel Delgado. *Sociedades Movedizas*. Pasos hacia una antropología de las calles (2007) Anagrama. Pág. 237.

¹⁰¹ Cfr. Mercedes Zúñiga. (2014). Las mujeres en los espacios públicos: entre la violencia y la búsqueda de libertad. *Región y sociedad*. Pág. 79.

¹⁰² Hugo González. Percepción del Acoso Sexual Callejero en Mujeres. *Revista Psicología para América Latina* (2020). Pág. 123.

recomendaciones para su protección, ya sea evitando a los desconocidos o limitando sus horarios y lugares de circulación, se sigue educando a mujeres con el temor del mundo, haciendo que estas evadan estos espacios de convivencia¹⁰³.

1.1.3 Mujeres como víctimas:

Siguiendo datos del “Estudio de caracterización y opinión sobre el acoso sexual callejero y sus posibles sanciones” realizado el año 2015 concluye que el acoso sexual callejero es una forma de violencia de género transversal, donde el mayor segmento vulnerable son mujeres jóvenes cuya edad varía entre 18 a 34 años. Y que es ejercido de forma mayoritaria, en un 99.9% de los casos, por un hombre o un grupo de ellos.

Este tipo de violencia de género es capaz de producir en las mujeres síntomas indicativos de un trastorno de estrés postraumático. Un 55.4% de mujeres que han experimentado este tipo de conductas declaran que esta situación les produjo mucha inseguridad en sus vidas, un 49.5% declaran sentir un deterioro en su calidad de vida y un 61.7% modifican sus costumbres en el uso de espacios públicos¹⁰⁴.

De las mujeres del rango etario más vulnerable, el 97% declara haber sufrido acoso callejero por lo menos una vez al año, cuatro de cada cinco una vez al mes, la mitad una vez a la semana y dos de cada diez con frecuencia diaria.

Otra de las consecuencias que genera el acoso sexual callejero en la vida de las víctimas es que dos de cada cinco mujeres tienen pesadillas, piensan en lo ocurrido, cambian de ruta, vigilan constantemente e incluso hay una desmotivación vital en un 14,5% de las encuestadas y por otro lado $\frac{1}{3}$ intenta no pensar en lo ocurrido. De presentar tres o más de estas consecuencias se estaría en presencia de un trastorno de estrés postraumático. Sin embargo, sería legítimo cuestionar respecto a si estas consecuencias no se multiplicarán al considerar situaciones recurrentes¹⁰⁵.

Con esto queda en evidencia que además de violentar el espacio físico se vulnera la esfera psicológica, por tanto, el espacio público aun cuando sea el mismo físicamente, socialmente está representado de manera diversa, por tanto el uso y goce de estos espacios se van construyendo sobre una ciudad más hostil para ellas que para ellos¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr. Mercedes Zúñiga. (2014). Las mujeres en los espacios públicos: entre la violencia y la búsqueda de libertad. Región y sociedad. Pág. 80.

¹⁰⁴ OCAC. ¿Está Chile dispuesto a sancionar el acoso callejero? (2015). Pág. 4.

¹⁰⁵ Ibidem. Pág. 28.

¹⁰⁶ Cfr. ibidem. Pág. 28.

El acoso callejero aun cuando es la forma de violencia más experimentada por las mujeres, al mismo tiempo es la menos estudiada. Situación que ha facilitado la invisibilización este tipo de acoso, dado el desconocimiento de la magnitud de la violencia cotidiana vivida por las mujeres en las ciudades y también por el alto grado de tolerancia hacia estas conductas, las cuales por mucho tiempo no fueron consideradas como plausibles de ser sancionadas y por tanto, no fueron visibilizadas para la sociedad y las instituciones públicas, por lo que, al ser ignoradas o históricamente no aceptadas, relativiza y minimiza el daño y las consecuencias de estas agresiones¹⁰⁷.

1.1.4 Normativa internacional: La Convención de Belém do Pará y la violación de Derechos Humanos en el acoso sexual callejero.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o La Convención de Belém do Pará, *“establece por primera vez el 9 de junio del año 1994, el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Este tratado interamericano de derechos humanos ha dado pauta para la adopción de leyes y políticas sobre prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres en los Estados parte de la Convención, formulación de planes nacionales, organización de campañas e implementación de protocolos y de servicios de atención, entre otras iniciativas; y ha sido un aporte significativo al fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*¹⁰⁸.

Así, en su artículo 1 define la violencia contra la mujer: *“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”*. Además, la misma convención establece: *“El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libremente de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación”*.¹⁰⁹

Esta Convención en Chile, fue ratificada y promulgada el 23 de septiembre del año 1998, obligándose así, desde ese entonces, a cumplir con lo establecido en este cuerpo normativo internacional. La protección de los Derechos Humanos de las mujeres tanto en espacios privados como en espacios públicos, desde ese entonces es parte de la agenda de la normatividad nacional. No obstante, el acoso sexual callejero es una práctica que violenta los derechos de las mujeres diariamente y carece de una regulación efectiva puesto que *“los derechos humanos de las mujeres*

¹⁰⁷ Cfr. Hugo González. Percepción del Acoso Sexual Callejero en Mujeres. Revista Psicología para América Latina (2020). Pág.128.

¹⁰⁸ Folleto Asamblea General de la OEA. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Belém do Pará, Brasil. Pág. 3.

¹⁰⁹ Asamblea General de la OEA. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Belém do Pará, Brasil. Artículo 1. Pág. 1.

víctimas de esta conducta son vulnerados cotidianamente debido a una cultura permeada por estereotipos de género que normalizan el acoso sexual callejero”¹¹⁰.

2. Fenómeno en Chile: Estadísticas y normativa.

En Chile, si bien existieron esfuerzos por estudiar el fenómeno, la problematización del acoso sexual callejero como un tipo de violencia sexual es reciente, del año 2014 aproximadamente. Así, el reconocimiento de la violencia en nuestro país no necesariamente estuvo vinculada con su ocurrencia.

La violencia de género tiene diferentes expresiones, una de ellas son las violencias sexuales. Si bien es de amplio conocimiento que las violencias sexuales son altamente frecuentes, a nivel nacional han sido problematizadas jurídica y políticamente de forma reducida.

La forma en que se comprende la violación y el abuso sexual en el Código penal deja muchas prácticas consideradas como violencia sexual sin el reconocimiento del Estado como una situación merecedora de sanción, vulnerando los derechos humanos de niñas y mujeres respecto a vivir una vida libre de violencia puesto que no se generan los esfuerzos suficientes para su erradicación¹¹¹.

2.1 Estadísticas.

El año 2020 el Observatorio contra el acoso callejero en Chile¹¹² realizó una encuesta para determinar y caracterizar el continuo acoso sexual en diferentes espacios, a sus víctimas, las situaciones en las que estas se ven involucradas y finalmente develar la diferencia entre el reconocimiento de cada uno de los tipos de acosos con su ocurrencia. Para ello entrevistaron a un universo de 1263 casos, en los cuales participaron personas mayores de 18 años.

Esta encuesta arrojó de forma general, que el 45.7% de la muestra total ha vivido por lo menos un tipo de acoso a lo largo de su vida, donde cada tipo de acoso está compuesto por diferentes prácticas. Sin embargo, son las mujeres en Chile quienes han experimentado mayor cantidad de tipos de acoso durante su vida, un 64%, en contraste con un 26% de los hombres.

En particular, el Acoso sexual callejero es definido por el observatorio Contra el acoso en Chile el año 2020 como “*toda práctica con connotación sexual implícita o explícita que ocurran*

¹¹⁰ Sara María Astrálaga, Julieta Olarte Espitia, (2020). Acoso Sexual Callejero y Derechos Humanos. Universitarias Estudiantes Bogotá, (21). Pág. 192.

¹¹¹ Cfr. OCAC. Radiografía del acoso sexual en Chile. (2020). Pág. 28.

¹¹² Ibidem. Págs. 1- 72.

en el espacio público entre personas desconocidas y sin consentimiento, las que tienen el potencial de generar malestar psicosocial”¹¹³.

Para fines de la encuesta, las prácticas que componen el acoso sexual callejero son: Acoso no verbal: miradas, sonidos o silbidos que incomodan; Acoso verbal: comentarios sobre el cuerpo, la ropa o como se ve la persona; Acoso físico: tocaciones de partes privadas (genitales, senos, trasero) y no privadas del cuerpo (cintura, brazos, piernas), presión de genitales contra el cuerpo (punteos), masturbación y exhibicionismo; Acoso de registro audiovisual: toma de fotografías y/o grabaciones; Acoso mediante persecución: Persecución a pie o en auto.

En particular, cinco de cada diez mujeres, es decir, un 54,7% reconoce haber sufrido acoso sexual callejero. Sin embargo, cerca de nueve de cada diez, es decir, un 86,4%) lo ha vivido, por tanto, nueve de cada diez mujeres que sufrieron algún tipo de acoso sexual callejero no sabe que vivieron violencia sexual. En el caso de los hombres, si bien sufren este tipo de situaciones con menos frecuencia que las mujeres, también existe una brecha respecto al reconocimiento de la violencia y su ocurrencia, un 16,4% reconoce haber sufrido acoso sexual callejero, no obstante, un 58,1% sufrió alguna experiencia de violencia sexual en el espacio público.

Las mujeres jóvenes con una edad entre 18 a 26 años, un 96% de ellas que ha sufrido una situación de acoso sexual callejero durante su vida, solo el 70,6% sabe que efectivamente lo vivió.

En relación a los tipos de acoso sexual callejero más frecuente es del tipo no verbal, sonidos y gestos (59,2%). Seguido por el acoso sexual callejero de tipo físico, donde más de la mitad de las personas consultadas reconoció haber sufrido alguna situación de este tipo durante su vida. Aproximadamente un tercio de las y los encuestados mencionó que vivió algún tipo de acoso sexual callejero de carácter verbal, y cerca de la misma cantidad sufrió acoso por medio de persecución. Siendo el menor porcentaje de todos, los acosos audiovisuales donde una de cada diez personas reconoce haber sufrido alguna de estas situaciones en espacios públicos, siendo las mujeres quienes sufren aproximadamente el doble de acoso que los hombres en cada tipo.

El estudio muestra que son las mujeres quienes mayoritariamente han vivido todas las prácticas de acoso sexual callejero con mayor frecuencia que los hombres. Así, siete de cada diez mujeres (68,9%) han experimentado que le silben en la calle, provocando incomodidad en ellas. La misma acción la han sufrido 3 de cada 10 hombres. Por otro lado, a una de cada dos (52,3%) mujeres les han realizado comentarios sobre su cuerpo, ropa o como se ven en el espacio público, provocando incomodidad o miedo. Y una de cada dos (47,8%) ha sido perseguida a pie o en auto, mientras que en el caso de los hombres baja a un 18,6%.

¹¹³ Ibidem. Pág. 14.

2.1.1 Mujeres y hombres.

Siendo las mujeres quienes sufren una mayor cantidad de acoso sexual callejero, una de las grandes diferencias entre hombres y mujeres es que a las mujeres “les pasa” y a los hombres “les ha pasado”: Esa regularidad con la que viven las mujeres el acoso sexual callejero genera que su experiencia en el espacio público sea atravesada por la falta de autonomía. En palabras del observatorio para el acoso sexual callejero en Chile: *“El espacio público no es un espacio seguro para niñas y mujeres”*¹¹⁴.

2.1.2 Sexo de quien acosa.

En dos de cada tres personas, es decir, un 77% reconoce que es un hombre o un grupo de hombres quien, en general, realiza las situaciones de acoso sexual callejero. Por otro lado, un 15% reconoce que es una mujer o un grupo de mujeres. Las mujeres son acosadas en un 94,5% por un hombre o un grupo de hombres, mientras que los varones son acosados en un 49,7% por otros varones.

En ese sentido, las víctimas son mayoritariamente mujeres, los victimarios por su parte son mayoritariamente hombres, tanto hacia mujeres como a otros varones. Por lo tanto, el acoso sexual callejero es un tipo de violencia de género que se manifiesta en la relación de dominio entre ambos, donde unos se construyen como los regidores de la norma, y otros u otras como en quienes se posa.

2.1.3 Medidas adoptadas después de ser víctimas de acoso sexual callejero.

Un 56,7% de las personas encuestadas adoptó alguna medida después de vivir alguna situación de acoso sexual callejero:

- Una de cada tres personas (37,6%) menciona que ha realizado cambios de ruta y/o forma de movilidad para evitar el lugar donde sucedió la violencia.
- Una de cada cuatro (28,6%) solicita compañía para los traslados.
- Una de cada diez (11%) porta elementos de defensa personal o realizó un curso de defensa.
- Una de cada diez (12,6%) ha modificado su forma de vestir.

2.2 Regulación Chilena.

¹¹⁴ Ibidem. Pág. 22.

En el año 2019 se crea el proyecto de ley que busca modificar el Código penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos. Este proyecto de ley tiene como propósito contribuir a erradicar las prácticas de acoso sexual callejero que experimentan mujeres, hombres, niñas y niños en Chile. Por otro lado, plantea la importancia de reconocer el acoso sexual callejero como un tipo de violencia, siendo deber del Estado tomar las medidas necesarias para combatirlo y educar a la población, para que la sociedad rechace este tipo de conductas¹¹⁵.

Como objetivo se plantea hacer una legislación responsable, considerando y prestando especial atención a quienes se ven más expuestos a este tipo de violencia: mujeres, adolescentes y niñas. Así, el proyecto considera los tratados internacionales suscritos por Chile, como la convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y va de la mano con iniciativas más recientes a cargo de las Naciones Unidas, que tienen por objetivo crear ciudades y espacios públicos más seguros¹¹⁶.

Previo a esta legislación, el acoso sexual callejero no se encontraba regulado de manera específica, por tanto, cada vez que se denunciaban situaciones relacionadas a este tipo de acoso se aplicaba el artículo 373 del Código penal, que versa sobre “ofensas al pudor”, lo cual conlleva a un error de conceptos, puesto que el bien jurídico que se pretende proteger al denunciar el acoso es la libertad e indemnidad sexual no un ultraje públicos a las buenas costumbres. La otra forma con la que se pretendía abordar el acoso sexual callejero era con la aplicación del artículo 366 y siguientes del Código penal, que trata sobre el delito de abuso sexual, pero este también es insuficiente conforme a que los requisitos que el delito de abusos sexual deja fuera la mayor parte de las conductas que configuran el acoso sexual callejero, los cuales no siempre implican “*contacto corporal con la víctima o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima*”¹¹⁷.

Ante el fracaso de estas posibles respuestas que otorgaba el ordenamiento, para subsanar la falta de regulación sobre el acoso sexual callejero, es que resultaba imperante la creación de un nuevo delito sexual que sancionara dichas conductas.

Es importante establecer que, al no existir denuncias efectivas y desinformación, las cifras de acoso callejero no son representativas de la realidad. Y sin registros oficiales es difícil generar políticas públicas efectivas.

2.2.1 Delito de acoso sexual callejero.

¹¹⁵ BCN. Historia de la Ley N°21.153. Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos (2019). Pág. 5.

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ BCN. Historia de la Ley N°21.153. Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos (2019). Págs. 6 - 7.

Las ideas centrales de los proyectos tuvieron como objetivo la creación de un nuevo tipo penal para tipificar y sancionar las conductas constitutivas del delito de acoso sexual callejero, en lugares públicos o de acceso público para lo cual se propuso modificar el Código penal.

Las razones que el legislador fundamentó para la creación de dicha tipificación, como bien lo establece el Senador Sandoval es: *“establecer condiciones de dignidad, de trato, de lenguaje y de una relación lógica que debe existir entre personas civilizadas y de generar los resguardos y mecanismos para que la mujer desarrolle su vida que se vea alterada por informaciones, intervenciones o acosos de diferente naturaleza, que constituyen tratos indignos que debemos erradicar como sociedad”*¹¹⁸.

También en los comentarios del Diputado Gabriel Boric se evidencia: *“La cultura dominante en nuestra sociedad dice que las mujeres necesitan de un hombre para no estar a solas. Si deciden caminar por la calle, deberán enfrentarse a comentarios sobre su cuerpo o vestimenta, insinuaciones sexuales, toqueteros e intimidación. Lo que se esconde ahí es un cuestionamiento a que las mujeres habiliten libremente el espacio público, porque como a todos, de una u otra forma nos han enseñado que la calle no es el espacio natural para las mujeres, para las niñas. No es un lugar. El lugar seguro es la casa, ojalá calladas y atentas a las necesidades de su hombre. Día a día permitimos que el espacio público les siga siendo hostil si osan frecuentarlo sin un hombre al lado”*¹¹⁹.

La diputada Alejandra Sepúlveda menciona en la discusión en sala sobre la realidad de la sociedad: *“¿Se han puesto a pensar en lo que significa para una niña tener que pasar por una plaza a las 8 de la mañana para llegar a su escuela y encontrarse con ese tipo de situaciones? Se trata de agresiones que las mujeres enfrentan permanentemente, sobre todo las niñas. Esto tiene que ver con una realidad oculta en el país, una realidad que muchos no quieren admitir, por lo cual lo echan a la chacota. Por cierto, es que impacta, molesta y violenta a las mujeres en su intimidad y también en su formación, sobre todo en las más pequeñas.*

*Se trata de agresiones que las mujeres enfrentan permanentemente, sobre todo las niñas”*¹²⁰.

En palabras de la Diputada Camila Vallejos: *“Esta situación violenta un derecho humano fundamental: el derecho a circular libremente en el espacio público. Las mujeres terminan cambiando sus recorridos, porque la sociedad les ha dicho, persistentemente, que cuando reciben este tipo de comentarios o exhibicionismos, son ellas las culpables. Se cuestiona la forma de vestir*

¹¹⁸ Ibidem. Pág. 60.

¹¹⁹ BCN. Historia de la Ley N°21.153. Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos (2019). Págs. 61- 62.

¹²⁰ Ibidem. Pág. 66.

de las mujeres, que las convertiría en presa fácil de recibir algún tipo de acoso, por ejemplo, al andar con minifalda. Entonces, por ese grado de naturalización se tiende a considerar a la víctima como victimario, y a culpabilizar a quien es víctima. Eso no lo podemos permitir.

En consecuencia, el proyecto busca garantizar los derechos de las mujeres contra todo tipo de violencia, pero también tiene que ver con la seguridad pública. No podemos permitir que las mujeres, sobre todo las más jóvenes, se sientan inseguras de desplazarse libremente en el espacio público.

Más allá de las figuras penales, ya que la legislación no contempla nada específico, este es un gran avance para entender que las mujeres necesitamos caminar seguras y tranquilas por el espacio público, con el resguardo de que el Estado de Chile y nuestra sociedad respetarán nuestros derechos y que existirán figuras penales para cambiar la cultura machista de nuestro país y del mundo”¹²¹.

Todo ello en su conjunto, llevó a la creación de este proyecto de la Ley N° 21.153, el cual tiene como texto:

"Artículo único. - Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1. Incorpórase el siguiente artículo 161-C:

"Artículo 161-C.- Se castigará con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales, al que en lugares públicos o de libre acceso público y que por cualquier medio capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y sin su consentimiento.

Se impondrá la misma pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de diez a veinte unidades tributarias mensuales, al que difunda dichas imágenes, videos o registro audiovisual a que se refiere el inciso anterior. En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta, la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales".

2. Agrégase en el artículo 366 el siguiente inciso tercero:

¹²¹ BCN. Historia de la Ley N°21.153. Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos (2019). Pág. 68.

"Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, cuando el abuso consistiera en el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que ésta sea mayor de catorce años".

3. Incorporase el siguiente artículo 494 ter:

"Artículo 494 ter. - Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos Ley N° 2115 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, 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 una multa de una a tres unidades tributarias mensuales.

2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o 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."

Quedando así finalmente la regulación en nuestro país.

2.3 Regulación comparada.

A pesar de los avances en diferentes legislaciones internacionales respecto al reconocimiento de la violencia contra las mujeres como una vulneración a sus derechos tal como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" y en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, el problema de la violencia contra las mujeres y las niñas en espacios públicos, especialmente el acoso sexual, sigue siendo minimizado, normalizado y escasamente reconocido en las legislaciones nacionales.

A continuación, mencionaremos aquellos países que cuentan con legislación específica referida al acoso sexual callejero.

2.3.1 República del Perú.

Fue el primer país de Latino América en contar con una ley específica que permita prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos en la Ley N° 30.314, promulgada el 25 de marzo de 2015, entrando en vigor desde el día siguiente de su publicación¹²².

Esta Ley nace desde la iniciativa legislativa N° 3539/2013, titulada “Ley de prevención, atención y sanción del acoso sexual en los espacios públicos y de reforma del Código penal”¹²³.

El posicionamiento de esta problemática en la agenda legislativa se inicia al igual que en Chile a partir de la publicación en el año 2013 de una encuesta realizada por el observatorio ciudadano de acoso sexual callejero, esta permitió la visibilización del problema, sustentar el debate y evidenciar la necesidad de contar con leyes y políticas públicas que lo atiendan¹²⁴.

En su artículo 4 la ley N° 30.314 define el acoso sexual en espacios públicos como *“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, 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”*.

Además, la ley en su artículo 3 hace la precisión respecto a quienes son los sujetos distinguiendo así entre acosador y acosado. El acosador o acosadora es toda persona que realiza un acto o actos de acoso sexual en espacios públicos, mientras el acosado o acosada es toda persona que es víctima de acoso sexual en espacios públicos. La víctima puede ser mujer u hombre; se destaca la afectación especial de las mujeres.

A diferencia de nuestra normativa en su artículo 2 la ley determina lo que se considera como espacio público *“comprenden toda superficie de uso público conformado por vías públicas y zonas de recreación pública. Dicho concepto es acotado a un espacio determinado, sin incluir, por ejemplo, internet, centros de espectáculos u otros.”*

2.3.2 Bélgica.

¹²² Cfr. Benito Sotelo, Karla Mendoza. (2019). Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos. México: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Pág. 47.

¹²³ Perú. Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No.3539, propuesto por la congresista Rosa Mavila León, 2 de junio de 2014.

¹²⁴ Cfr. Benito Sotelo, Karla Mendoza. (2019). Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos. México: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Pág. 48.

En el año 2005 luego de la presión ejercida por diversas organizaciones de la sociedad civil surge un movimiento para la creación de una ley contra el sexismo. Fueron muchos años postergando la legislación. El año 2012 vuelve a ser un tema de relevancia luego de que una mujer publicara un video que evidenciaba el acoso solo por caminar en las calles de ese país. Este video logró una gran cobertura mediática y permitió que el tema se posicionara en la agenda pública.

Considerando que se torna como principal problemática en Bélgica el sexismo y no se refiere al acoso sexual callejero expresamente luego de la discusión parlamentaria pertinente se origina la “Ley para luchar contra el sexismo en el espacio público”, conocida como Ley N°. 2.014.000.586, publicada el 24 de julio de 2014. En esta ley se define como sexismo *“todo gesto o comportamiento manifiestamente realizado para expresar un desprecio con respecto a una persona, debido a su pertenencia sexual, o por considerarla como inferior o reducida esencialmente a su dimensión sexual, siempre y cuando le provoque una ofensa grave a su dignidad”*¹²⁵.

De forma paralela en la Ley en Contra de la Discriminación entre Mujeres y Hombres, en su artículo 5°, señala que *“el acoso sexual es la conducta no deseada de naturaleza sexual expresión física, verbal o no verbal y que tiene el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*¹²⁶.

Ha diferencia de la ley peruana no se establece una definición respecto a los sujetos, sino que es tratado de una forma genérica, al igual que para la determinación de espacio público, “no contiene una definición; sin embargo, el Código penal establece que la conducta de acoso sexual será sancionada cuando se realice en reuniones o lugares públicos, en presencia de varias personas en un lugar que no es público, pero abierto a un número de personas que tienen derecho de reunión o para asistir a la misma; o, en cualquier lugar en presencia del ofendido y en presencia de testigos”¹²⁷.

2.3.3 República de Panamá.

¹²⁵ Cfr. Benito Sotelo, Karla Mendoza. (2019). Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos. México: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Pág. 51.

¹²⁶ Cfr. Benito Sotelo, Karla Mendoza. (2019). Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos. México: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Pág. 51.

¹²⁷ Cfr. Ídem.

La congresista Ana Matilde Gómez R. presentó, el 12 de febrero de 2015, el Anteproyecto de ley que previene, prohíbe y sanciona el hostigamiento, acoso callejero, acoso sexual, acecho, favoritismo, sexismo y racismo en todos los ámbitos¹²⁸.

En los medios de comunicación este proyecto de ley fue nombrado “Ley Anti-piropos”, y de las principales críticas de la sociedad a esta normativa es la prohibición a la “libertad espontánea de enamorar a una mujer”. Esto dejando en evidencia la normalización del acoso sexual en los espacios públicos tanto de la sociedad como de los líderes de diferentes sectores¹²⁹.

El proyecto de Ley N° 0213 que Previene y Sanciona el Hostigamiento, Acoso Callejero, Acoso Sexual, Acecho, Favoritismo, Sexismo y Racismo en todos los Ámbitos define como acoso sexual *“Palabras o acciones no deseadas de parte de desconocidos, en la vía pública y motivada por el género, que invaden el espacio físico y emocional de manera irrespetuosa, grosera, atemorizante o insultante y que son naturalizadas y legitimadas como piropos. Esta práctica incluye buscar el roce o tocamientos indebidos en partes íntimas a mujeres, en un medio de transporte o en la calle.”* Y se manifiesta en palabras, acciones, piropos, roces o tocamientos indebidos en partes íntimas a mujeres¹³⁰.

No se define a los sujetos y su rol como acosador y acosada, además de que no existe una definición específica de espacio público, sino que se señala que puede presentarse en el transporte o en la calle.

El 14 de febrero de 2018 fue sancionada por el presidente y se publicó al día siguiente en la Gaceta Oficial de Panamá esta ley, identificada como la Ley 7 del 14 de febrero de 2018¹³¹.

2.3.4 República de Paraguay.

En noviembre de 2012 se presentó una iniciativa titulada “Ley integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres basada en asimetrías de género. D-1225367”, reconocida como la “ley anti-piropos”.

¹²⁸ Panamá. Asamblea Nacional de Panamá (12 de febrero de 2015), Anteproyecto de Ley que previene, prohíbe y sanciona el hostigamiento, acoso callejero, acoso sexual, acecho, favoritismo, sexismo y racismo en todos los ámbitos, iniciativa presentada por la Dip. Ana Matilde Gómez. Pág. 1.

¹²⁹ Cfr. Benito Sotelo, Karla Mendoza. (2019). Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos. México: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Pág. 52.

¹³⁰ Cfr. Benito Sotelo, Karla Mendoza. (2019). Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos. México: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Pág. 52.

¹³¹ Gaceta Oficial del Gobierno de Panamá, Ministerio de la Presidencia.

El 29 de diciembre de 2016 se publicó en la Gaceta Oficial de la República del Paraguay la Ley N° 5777 de Protección Integral a las Mujeres, contra toda forma de violencia, y entró en vigor un año después, el 29 de diciembre de 2017.

La ley se refiere de forma genérica a la violencia contra las mujeres, no hay una definición de acoso sexual, pero en su artículo 6 determina que *“el acoso sexual puede ser un tipo de violencia psicológica, física o contra la dignidad de la persona.”* El artículo 3° establece que dicha disposición *“se aplicará a las mujeres, sin ningún tipo de discriminación, frente a actos u omisiones que impliquen cualquier tipo de violencia descrita en la Ley.”*

No hay una definición de sujetos y respecto a espacio público no se determina de forma expresa a que se refiere, sino que en su artículo primero señala que *“la ley establece mecanismos de atención y medidas de protección y reparación integrales, tanto en el ámbito público como en el privado.”*

2.3.5 República Portuguesa.

El 19 de junio de 2015 la Asamblea de la República de Portugal aprobó una reforma para armonizar su ley con la Convención. El artículo 170° del Código penal fue modificado para incluir el acoso sexual verbal, debido a que las otras conductas ya estaban tipificadas. El nuevo texto se publicó el 20 de julio del mismo año¹³².

Se critica la modificación ya que se considera no suficiente la tipificación del acoso sexual verbal, sino que debería tipificarse todo tipo de acoso en una sola ley¹³³.

Se define como acoso sexual *“Quien moleste a otra persona, a través de la práctica de carácter exhibicionista, la formulación de propuestas de contenido sexual o embarazoso para el contacto de naturaleza sexual.”*

No hay una definición de sujetos, y el Código penal tampoco prevé una definición específica de espacio público.

De las diversas legislaciones expuestas queda evidenciado que la más específica y detallada es la desarrollada por Perú, quienes fueron pioneros en Latinoamérica para legislar respecto al acoso sexual callejero, considerando definiciones de acoso sexual, sujetos y espacio público, lo

¹³² Portugal. Assembleia da República. Ley n.º 83/2015. Diário da República n.º 151/2015, Série I de 2015-08-05.

¹³³Cfr. Benito Sotelo, Karla Mendoza. (2019). Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos. México: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Pág. 55.

cual no está presente en todas las legislaciones. Sin embargo, el común denominador presente en todas las iniciativas legislativas es lo mediático que fueron los proyectos de ley en donde se conoció al igual que en nuestro país como “ley anti piropos”, dejando en evidencia el nivel de normalización que tienen estas conductas de acoso callejero en los diferentes países mencionados.

3. Cifra negra de la criminalidad.

En las noticias del día 5 de diciembre del año 2022 del diario La Tercera, se daban a conocer cifras de la Fiscalía nacional en la cual daban cuenta de que, desde el año 2019 en que se promulga la ley que sanciona el acoso sexual callejero se han recogido un total de 3.794 denuncias de las cuales 279 de ellas terminaron en una sentencia condenatoria.

Además, Ymay Ortiz, directora de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía, señala que *“Cuando se decide sancionar esta conducta, es porque se entiende que es de las situaciones más graves, y por eso se sanciona penalmente. Por lo tanto, también hay una comunicación que está diciendo ‘esto que ocurre en la calle es uno de los hechos más graves’ y por lo tanto los vamos a sancionar”*¹³⁴.

No obstante, aún no se puede hablar de que estas estadísticas tienen algún grado de representatividad, pues como bien lo menciona Teresa Valdés, socióloga y coordinadora del Observatorio de género y equidad: *“como es un delito nuevo, hay gente que no tiene idea de que existe, por lo tanto, no lo denuncian. Entonces, como se muestra en las cifras, lo que pasa es que van avanzando año en año, aumenta el número de denuncias. Pero el tema de fondo, obviamente, es lograr que las mujeres tengamos una vida libre de violencia”*¹³⁵. A pesar de ser una conducta sancionada, el acoso sexual callejero sigue siendo una conducta arraigada en nuestra cultura, la ley no ha resuelto el problema cultural, el cual ni aún con esas estadísticas puede dimensionarse puesto que aún tenemos el problema de la cifra negra.

La cifra negra *“representa el conjunto de conductas realizadas efectivamente en la vida social que presuntamente se asocian a las tipificaciones contenidas en la ley penal, que no han sido registradas y oficializadas por las agencias estatales competentes, instituciones policiales e instituciones judiciales”*. Es decir, son delitos que no son conocidos por las autoridades y por tanto no continúan su camino hacia el proceso penal¹³⁶.

¹³⁴ Catalina Batarce, Víctor Rivera. (05 de diciembre del 2022). 279 condenas y más de 3.700 denuncias en tres años: el saldo que deja la ley de acoso sexual callejero, en cifras de la Fiscalía. LaTercera.com.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ Máximo Sozzo, ¿Contando el delito? Análisis Crítico y Comparativo de las Encuestas de Victimización en Argentina, Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2003. Pág. 15

La estadísticas policiales cuentan con una serie de sesgos, los cuales están ligados al interés de la autoridad por presentar cifras satisfactorias a la población. Ante esto la encuestas de victimización realizadas por organismos públicos o privados, facilitan el reducir o mitigar el sesgo de la “cifra negra” sobre las estadísticas de la cifra negra de casos policiales, además recoge otra información que permite caracterizar la victimización, inseguridad y otras variables que son de interés para el sistema, este tipo de metodología para medir el delito se ha denominado como “promesa fundacional”¹³⁷.

Estos instrumentos para medir el delito a diferencia de los casos policiales y otras fuentes permiten estimar la cantidad de delitos que no son conocidos por actores del sistema penal. En Chile, algunos estudios que han tratado de caracterizar el fenómeno de la “cifra negra”, estiman que esta es superior al 50% y por tanto, el nivel de denuncia no refleja necesariamente lo que está aconteciendo efectivamente con el crimen a nivel nacional. De todas formas, esto puede ir variando conforme al tipo de delito que se trate¹³⁸.

La no denuncia de un delito está condicionado por el tipo de delito que se haya sido víctima, que haya sucedido en más de una ocasión, la confianza en las instituciones, la sensación de inseguridad y otras características propias de la víctima, tal como edad, nivel socioeconómico, etc.¹³⁹.

Que el acoso sexual callejero no sea denunciado podemos relacionarlo a factores como la normalización de esta conducta propia de los hombres e incluso el hecho de que ha sido considerado como parte de nuestra cultura durante muchos años¹⁴⁰.

Lamentablemente para hombres, pero principalmente para mujeres que sufren acoso sexual en nuestro país, no existen herramientas legales efectivas que garanticen la protección de sus derechos y el reproche en su totalidad de la conducta de acoso sexual callejero al tratar de habitar en espacios públicos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que: *“El estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente [...] condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en*

¹³⁷ Daniel Quinteros “Delitos del espacio público y el problema de la “cifra negra”: una aproximación a la no-denuncia en Chile”. Polít. crim. Vol. 9, N° 18 (diciembre 2014). Pág. 692.

¹³⁸ José Miguel Benavente, Enrique Cortés, Delitos y sus denuncias: La cifra negra de la criminalidad en Chile y sus determinantes, Santiago: Departamento de Economía, Universidad de Chile, 2006. Pág. 3.

¹³⁹ Daniel Quinteros “Delitos del espacio público y el problema de la “cifra negra”: una aproximación a la no-denuncia en Chile”. Polít. crim. Vol. 9, N° 18, 2014. Pág. 695.

¹⁴⁰ Cfr. BCN. Historia de la Ley N°21.153. Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos (2019). Pág. 38.

políticas y prácticas [...]. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”¹⁴¹.

De esta manera, el acoso sexual callejero se puede considerar como una manifestación de estereotipos de género, según los cuales está permitido objetivizar a una mujer al tratar de habitar los espacios comunitarios. Así mismo, *“la continua exposición a situaciones en las que las mujeres son sexualmente cosificadas hace que éstas se perciban a sí mismas como objetos, interiorizando la mirada de un observador externo”¹⁴²*. De esta manera, la cultura ha permitido las situaciones en las que un desconocido puede realizar comentarios obscenos, “piropos”, tocamientos, silbidos, miradas, entre otros, a una mujer por el simple hecho de serlo y considerar que puede ejercer cierto poder sobre ella.

“Los espacios públicos siguen siendo un territorio en donde las mujeres son vulnerables a violaciones a sus derechos fundamentales y no hay garantías que en la práctica sean efectivas para contrarrestar una cultura patriarcal que discrimina y violenta a las mujeres”¹⁴³.

Sí bien, se considera esta ley en Chile una victoria normativa al hacer especial énfasis en la necesidad de proteger los derechos de la mujer y reconoce que el acoso sexual callejero vulnera los derechos de las víctimas. No obstante, a pesar de haber un reconocimiento ideológico, no hay un efecto material en la protección de los derechos humanos de las mujeres cuando habitan espacios comunitarios y son acosadas sexualmente¹⁴⁴.

En ese sentido, La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Espinoza González Vs. Perú*, establece que: *“[...] la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia [...]”¹⁴⁵.*

¹⁴¹ Corte IDH. 16 de noviembre de 2009. Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205. Párrafo 401. Pág. 101.

¹⁴² Sara María Astrálaga, Julieta Olarte Espitia, (2020). Acoso Sexual Callejero y Derechos Humanos. *Universitarias Estudiantes Bogotá*, (21). Pág. 197.

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ Cfr. Ibidem. Pág. 204.

¹⁴⁵ Corte IDH. 20 de noviembre de 2014. Caso Espinoza González Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 289. Párrafo 208. Págs. 99-100.

CAPÍTULO V

ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. Estado de necesidad exculpante.

En diciembre del año 2010 mediante la Ley N° 20.480, se introdujo el artículo 10 N° 11 al Código penal, una nueva forma de estado de necesidad. Al revisar la historia de la ley que introduce esta causal, y en especial la moción parlamentaria de la Cámara de Diputados que le da origen¹⁴⁶, se advierte que fue una moción pensada desde la perspectiva de género. El contexto en que se introduce esta nueva disposición es de preocupación por la violencia que se ejerce contra la mujer en Chile. Sin embargo, desde sus inicios la cuestión se centra en el ámbito de las eximentes genéricas del artículo 10, para lograr consagrar un estado de necesidad exculpante¹⁴⁷.

Así, el encabezado de este artículo dice que se eximirá de pena a quien actúe “para evitar un mal grave a su persona para su persona o derechos o lo de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

1. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.
2. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.
3. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.
4. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí. o, en su caso, aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

1.1 Requisitos.

1.1.1 Obrar para evitar un mal grave.

Este requisito es agregado por la doctrina y tiene directa relación con la magnitud del mal que se pretende evitar, puesto que se debe tener en consideración la existencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos. Así, debe tratarse de un mal cuya entidad sea significativa para los derechos de la persona que enfrenta la situación de peligro. Esta entidad del mal debe ser objetiva y debe considerar las circunstancias concretas del caso en cuestión, lo que entra en concordancia con la exigencia de que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido

¹⁴⁶ BCN. Historia de la Ley N° 20.480 (2010). Págs. 4 – 6.

¹⁴⁷ Rodrigo Guerra. (2014). Estado Necesidad Exculpante: A Propósito de Actos de Defensa por Efectos del Maltrato a Partir de un Caso Emblemático. Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Pág. 37.

al que lo aparta de sí, es decir, la situación de riesgo no debe haber sido provocada por el necesitado¹⁴⁸.

1.1.2 Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

En el estado de necesidad se actúa ante una situación especial de peligro, es decir, este debe ser actual o inminente, a diferencia de la legítima defensa donde se reacciona frente a una agresión ilegítima.

El término actualidad implica un peligro presente, que se debe estar produciendo al momento de realizar la acción típica de salvamento. En cambio, la inminencia se vincula a una situación de peligro permanente que involucra riesgos de mayor entidad¹⁴⁹

No obstante, en la interpretación del profesor Enrique Cury entregada en el Centro de Estudios de Derecho penal en la Universidad de Talca¹⁵⁰, indica que: *“hay prácticamente unanimidad en que aquí la inminencia debe enjuiciarse de manera mucho más flexible de lo que se hace cuando se trata la legítima defensa, pues en el estado de necesidad, ésta es una disposición elástica, y por consiguiente, puede tratarse de un mal que no se está actualmente produciendo, que no amenaza en ese momento, pero que puede llegar a amenazar en cualquier momento, está latente”*.

Respecto de la forma de enjuiciar este requisito existe consenso en que sea *“ex ante”* y no sólo desde parámetros subjetivos. Requiere que los jueces realicen un análisis objetivo de determinación, considerando todos los hechos y circunstancias del caso que llevaron a dar inicio a la acción salvadora. Esta evaluación objetiva puede terminar por aceptar o rechazar dicha acción, tomando en cuenta los conocimientos del agente y la situación de peligro que debe enfrentar. Además, estas situaciones de necesidad requieren de un peligro actual o inminente que sea real y no imaginario¹⁵¹.

1.1.3 Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

¹⁴⁸ Rodrigo Guerra. (2014). Estado Necesidad Exculpante: A Propósito de Actos de Defensa por Efectos del Maltrato a Partir de un Caso Emblemático. Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Pág. 40.

¹⁴⁹ Rodrigo Guerra. (2014). Estado Necesidad Exculpante: A Propósito de Actos de Defensa por Efectos del Maltrato a Partir de un Caso Emblemático. Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Pág. 42.

¹⁵⁰ Enrique Cury. (2011). *Estado de necesidad exculpante*. Chile: Seminario del Centro de Estudios de la Universidad de Talca. Pág. 63.

¹⁵¹ Rodrigo Guerra. (2014). Estado Necesidad Exculpante: A Propósito de Actos de Defensa por Efectos del Maltrato a Partir de un Caso Emblemático. Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Págs. 42-43.

Este requisito de subsidiariedad apunta a la racionalidad de la conducta realizada, es decir, que el mal provocado debe ser la única alternativa para defender aquel bien amenazado por un mal actual o inminente, se requiere que no haya otro camino para salvar ese bien que afectar el otro¹⁵².

Como estado de necesidad exculpante, su fundamento se basa en la inexigibilidad de otra conducta, y a diferencia del estado de necesidad justificante, la exigibilidad puede estar ausente inclusive en casos en que no se ha optado por el medio practicable menos perjudicial. Esto se aplica, por ejemplo, frente al peligro permanente que representa la actuación del “tirano del hogar”, donde difícilmente podrá dar cumplimiento al requisito de subsidiariedad si el autor hubiese podido repeler el peligro mediante solicitud de ayuda a la autoridad pública o abandonando el hogar común. En muchos de estos casos, pedir ayuda trae como consecuencia para la mujer mayores actos de violencia en su contra¹⁵³.

1.1.4 Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

Este cuarto requisito establece que el estado de necesidad exculpante procede ante males iguales e incluso cuando se produce uno mayor al que se evita. En esta última hipótesis dicho mal no puede ser sustancialmente superior al que se evita, para determinar aquello es necesario ponderar entre el mal causado y aquel que se pretende evitar. Lo anterior, se determinará realizando un análisis valorativo, considerando parámetros de comparación¹⁵⁴.

1.1.5 Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí.

Este último requisito requiere que no sea exigible a la persona necesitada o a un tercero amenazado, relacionado o no con la persona que realiza la acción de salvación, soportar el mal que se pretende evitar, siempre que esta última circunstancia sea conocida por quien actúa. Este requisito puede ser entendido como un área de examen judicial del caso concreto sin orientación normativa que apele a la comprensión del tribunal, con toda la consiguiente subjetivización, o como un espacio para objetivizar aquellos factores que excluyen en general la exigibilidad de otra conducta¹⁵⁵.

¹⁵² Ibidem. Pág. 43.

¹⁵³ Cfr. Víctor Manuel, Vidal. (2013). Análisis de las Características Más Relevantes Del Estado de Necesidad Establecido por la Ley 20.480. *Revista Ars Boni Et Aequi*, (Año 8 N°2). Pág. 247.

¹⁵⁴ Ibidem. Pág. 44

¹⁵⁵ Rodrigo Guerra. (2014). Estado Necesidad Exculpante: A Propósito de Actos de Defensa por Efectos del Maltrato a Partir de un Caso Emblemático. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*. Págs. 45.

2. Perspectiva de género.

El mecanismo de seguimiento de la convención Belem do Pará llama la atención a los Estados respecto de la necesidad de reconocer la existencia de una situación estructural de discriminación hacia las mujeres, que las impide gozar de sus derechos en pie de igualdad con los hombres.

Una de esas situaciones es la conducta del acoso sexual callejero que, como ya se estableció con anterioridad, es una conducta que vulnera un sin número de derechos fundamentales de las mujeres que son víctimas, las cuales se ven privadas de su derecho al libre tránsito; su integridad física y moral; y en especial, ven vulnerado su derecho a una vida libre de violencia y practica sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación¹⁵⁶.

Esta conducta aun cuando es una práctica que violenta los derechos de las mujeres diariamente, carece de una regulación efectiva. Así, se cuestiona el discurso de universalismo de los derechos humanos al no contar con una protección efectiva de los mismos debido a la concepción de una cultura basada en estereotipos de género. Frente a esto, en la normativa internacional, la protección especial a los derechos de las mujeres y la eliminación de todas las formas de discriminación hacia esta población es uno de los principales objetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁵⁷.

Bajo esa línea, múltiples entidades internacionales que luchan por los derechos de las mujeres instan a los países parte a erradicar todas las formas de violencia en contra de la mujer y tomar todas las medidas necesarias para proteger y garantizar efectivamente sus derechos tanto en la vida pública como privada. En ese sentido el mecanismo de seguimiento de la Convención Belém do Pará ha establecido que el enfoque de género en el sistema penal es una forma de lucha respecto la violencia en contra de la mujer, en ese sentido “No valorar las pruebas de un caso con un enfoque de género apropiado conlleva a producir sesgos que invisibilizan la violencia contra la mujer, contribuyendo a la imperante impunidad que rodea este fenómeno”¹⁵⁸.

Esta perspectiva de género supone incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no pueden ser medidas con los mismos estándares tradicionalmente utilizados en otro tipo de casos, ya que la violencia a la que

¹⁵⁶ Sara María Astrálaga, Julieta Olarte Espitia, (2020). Acoso Sexual Callejero y Derechos Humanos. *Universitarias Estudiantes Bogotá*, (21). Pág. 189.

¹⁵⁷ Ibidem. Pág. 192.

¹⁵⁸ Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 1), (2018). *Legítima Defensa y Violencia Contra las Mujeres*. Organización de los Estados Americanos. Pág. 18.

se ven sometidas por el agresor en razón de su género, tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial del juzgamiento¹⁵⁹.

En ese sentido, y en el marco de un estado de necesidad exculpante, es posible analizar cada uno de sus requisitos bajo una perspectiva de género que tenga en cuenta un análisis contextual de la conducta, cuando una mujer decide portar un arma blanca para poder defenderse y sentirse más segura en la vía pública, más aún si se tienen en consideración estadísticas como las siguientes.

2.1 Estudio de campo

Esta encuesta se realizó solo a mujeres, y participó un universo total de 257 encuestadas, las cuales respondieron las siguientes preguntas:

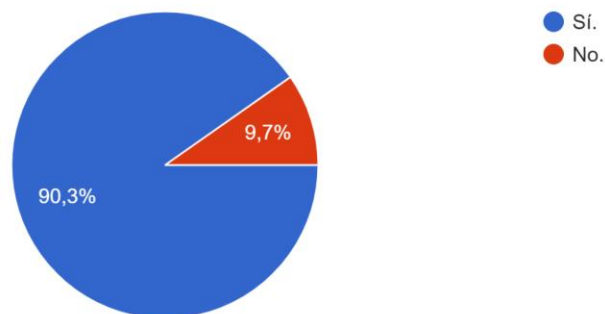
1. ¿Has sido víctima de acoso sexual callejero?

Sí: 90,3% (equivalente a 232 mujeres).

No: 9,7% (equivalente a 25 mujeres).

¿Has sido víctima de acoso sexual callejero?

257 respuestas



2. ¿En qué horario aproximadamente?

Mañana: 11,3%

Tarde: 53,4%

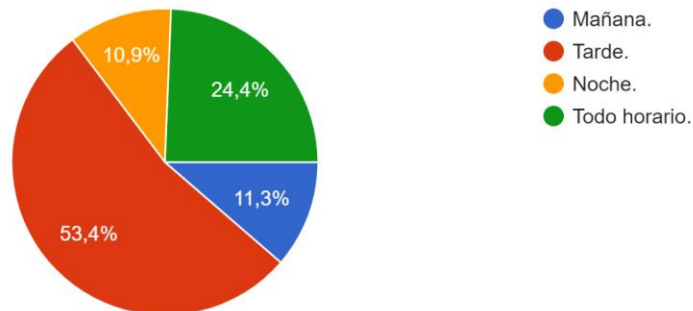
Noche: 10,9%

¹⁵⁹ Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 1), (2018). Legítima Defensa y Violencia Contra las Mujeres. Organización de los Estados Americanos. Pág. 27.

Todo horario: 24,4%

¿En qué horario aproximadamente?

238 respuestas



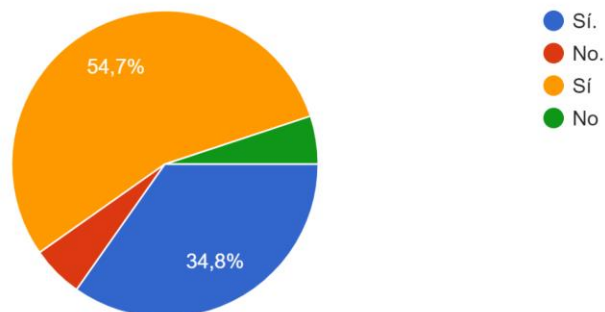
3. ¿Has pensado en portar algún objeto de defensa personal?

Si: 89,1% (equivalente a 229 mujeres).

No: 10,9% (equivalente a 27 mujeres).

¿Has pensado en portar algún objeto de defensa personal?

256 respuestas



Como puede observarse, los datos obtenidos a través de nuestra encuesta dan cuenta y se condice con lo que reflejan las encuestas nacionales ya citadas realizadas en años anteriores, un alto porcentaje de mujeres que sobrepasa el 90% ha sufrido acoso callejero, sin importar el lugar u horario. No obstante, nuestra encuesta revela una realidad distinta respecto de las anteriores ya citadas, ya que se pregunta directamente sobre la decisión de comprar y portar elementos de defensa personal, es decir, recurrir a métodos, como, por ejemplo, llaveros, con los cuales las mujeres se sienten más seguras al momento de ir caminando por la vía pública. Llaveros que, por

ejemplo, traen consigo, localizadores, estacas, manoplas, gas pimienta y cortaplumas de escasas dimensiones. Casi el mismo porcentaje de mujeres acosadas deciden comprar y portar esta clase de elementos que, al menos en relación con la navaja y la colisión con el artículo 288 bis, sería un delito.

2.2 Análisis del estado de necesidad exculpante: intento de incorporar un análisis con enfoque de género.

Si se tiene en cuenta el encabezado del artículo 10 número 11 donde eximirá de pena a quien actúe para evitar un mal grave a su persona para su persona o derechos o lo de un tercero, siempre que concurran sus requisitos. Se intentará en este apartado analizar cada uno de sus requisitos bajo la concurrencia hipotética del delito de porte de arma blanca de una mujer en la vía pública, transgrediendo el artículo 288 bis.

2.2.1 Obrar para evitar un mal grave.

Este requisito se refiere a que debe ser un mal el cual tenga la entidad significativa para los derechos de la persona que enfrenta la situación de peligro, en ese caso, para la mujer. En el delito de acoso sexual callejero es la libertad y la indemnidad sexual, no obstante, como se analizó en el capítulo respecto al acoso sexual callejero, ser víctima de este tipo de conductas también traen consigo consecuencias psíquicas como, por ejemplo, estrés post traumático, ansiedad, etc. En consecuencia, también se pondría en peligro el derecho fundamental de la mujer a su integridad física y psíquica.

Respecto a lo anterior no es posible concebir alguna razón bajo la cual una mujer tenga que soportar el peligro y daño de estos derechos.

2.2.2 Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

En el estado de necesidad se actúa ante una situación especial de peligro, es decir, este debe ser actual o inminente, a diferencia de la legítima defensa donde se reacciona frente a una agresión ilegítima.

En relación a la actualidad, son las estadísticas las que reflejan que el acoso sexual callejero es un problema cultural que aún no se ha podido subsanar, esto lo ejemplifican tanto las encuestas realizadas por el Observatorio contra el acoso callejero en Chile, las estadísticas de denuncia de este delito por parte de la Fiscalía, o el estudio de campo que se ha realizado para esta tesis. Por otro lado, en relación a la inminencia, la cual se vincula a una situación de peligro permanente, el

peligro que viven día a día las mujeres cumple con este carácter, pues al ser un problema cultural y un fenómeno normalizado es algo que siempre estará latente hasta que se tomen soluciones que apunten en ese sentido.

2.2.3 Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

Este requisito de subsidiariedad apunta a la racionalidad de la conducta realizada, es decir, que el mal provocado debe ser la única alternativa para defender aquel bien amenazado por un mal actual o inminente, se requiere que no haya otro camino para salvar ese bien que afectar el otro¹⁶⁰.

Como ya se ha establecido con anterioridad, la ley de acoso callejero, si bien puede ser considerada como una victoria legal en cuanto a reconocer el acoso callejero como una problemática que merece ser regulada y sancionada, esta no es suficiente para poder resguardar los derechos fundamentales de la mujeres y garantizar un entorno libre de violencia de género.

En ese sentido, si quienes deberían brindar la seguridad suficiente para poder tener un ejercicio libre de nuestros derechos fundamentales no lo hace, y deja en estado de indefensión a muchas mujeres en la calle, no se les puede exigir a ellas no buscar medios particulares para defenderse, si bien, el porte de una arma blanca pone en peligro el bien jurídico de la seguridad colectiva, en esta colisión, dada la gravedad de la situación vivida en las calles y la inseguridad que sienten las mujeres en ella, en la ponderación, sobre todo al no tener su porte fines delictuales, prevalece la seguridad individual de millones de mujeres por sobre una aparente inseguridad colectiva.

2.2.4 Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

Lo anterior tiene relación directa con este cuarto requisito, el cual establece que el estado de necesidad exculpante procede ante males iguales e incluso cuando se produce uno mayor al que se evita. En esta última hipótesis dicho mal no puede ser sustancialmente superior al que se evita, para determinar aquello es necesario ponderar entre el mal causado y aquel que se pretende evitar¹⁶¹.

Esta situación se da con la colisión de derechos y bienes jurídicos que se buscan proteger con ambas normas, por un lado, los derechos fundamentales y la seguridad individual de las mujeres y, por otro lado, la seguridad colectiva, basada en una hipótesis de peligro del uso

¹⁶⁰ Rodrigo Guerra. (2014). Estado Necesidad Exculpante: A Propósito de Actos de Defensa por Efectos del Maltrato a Partir de un Caso Emblemático. Revista de Derecho Universidad San Sebastián. Pág. 43.

¹⁶¹ Ibidem. Pág. 44.

potencial de una arma blanca para cometer delitos en la vía pública. A este respecto, según el análisis contextual, es importante tener en consideración según la declaración de la mujer, el porqué del porte del arma, y en caso de recurrir a su propia seguridad, por consiguiente descartar los fines delictivos, es decir, debe prevalecer el primero por sobre el último.

2.2.5 Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí.

Este último requisito requiere que no sea exigible a la persona necesitada o a un tercero amenazado, relacionado o no con la persona que realiza la acción de salvación, soportar el mal que se pretende evitar. Aquí, claramente al ser una violencia fundamentada en el género, no hay forma de considerarla legítima o necesaria de soportar, menos aun teniendo en cuenta la cantidad de garantías fundamentales que esta vulnera, como por ejemplo, la libertad de tránsito, la indemnidad sexual, la integridad física y psíquica, vivir en un espacio libre de violencia.

Durante muchos años estas conductas han sido soportadas por muchas mujeres, no obstante, tanto la comunidad internacional como la nacional concuerdan que no se deben, ni pueden, ser toleradas durante más tiempo estas clases de conductas.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES

1. Conclusiones.

En la práctica el discurso del universalismo de los Derechos Humanos no tiene efectos materiales en el escenario diario del acoso sexual callejero. Las mujeres siguen siendo víctimas de estereotipos de género que vulneran sus Derechos Humanos, sin que existan herramientas legales eficientes para contrarrestar y reprochar la conducta en todas sus formas, tal y como se demostraron en todas las encuestas y estadísticas anteriormente señaladas.

Si bien, se han establecido herramientas legales, penales y políticas para contrarrestar las formas de acoso sexual callejero, como por ejemplo, la ley que penaliza el acoso sexual callejero, no obstante ello, esto es insuficiente puesto que millones de mujeres siguen siendo vulneradas, intimidadas y acosadas al salir al espacio público, lo cual a su vez consiste en violaciones a sus derechos fundamentales e impidiéndoles tener una vida libre de violencia de género.

¿Qué opciones han tomado las mujeres chilenas? Cuando estas acciones de violencia afectan su vida y han visto en peligro su integridad física, psíquica y su indemnidad sexual, ellas han adoptado ciertas medidas al respecto, entre ellas, cambiar la ruta de su camino debido a que en este fueron violentadas, cambiar su vestimenta, etc. No obstante, otra medida y la más controversial hasta ahora ha sido la de portar elementos de defensa personal como, por ejemplo, manoplas, gas pimienta e incluso navajas, todas parte de un paquete en aquellos llaveros femeninos de defensa personal. Esta tendencia se incrementó en el año 2022 aproximadamente en los meses de marzo y abril así lo evidencia el reportaje del canal Televisión Nacional de Chile llamado “*Mujeres se arman con navajas y gas pimienta para defenderse*” emitido con fecha del 13 de abril del 2022¹⁶².

Dentro de estos elementos de defensa personal, la navaja es un elemento controversial puesto que colisiona directamente con el artículo 288 bis el cual establece el delito de portar armas cortantes o punzantes en recintos de expendios de bebidas alcohólicas, y en su inciso segundo, en vías o espacios públicos, en áreas urbanas, cuando no pueda justificar razonablemente su porte.

El porte de un arma blanca en nuestro ordenamiento jurídico no es una cuestión pasiva, al contrario, es una situación que merece mucho desarrollo doctrinal y legislativo, ante la ambigüedad y la nula especificación por parte del legislador al momento de crear la norma. Y es en esta etapa de creación donde nacen las dos grandes problemáticas que se tiene al momento de enfrentarse la jurisprudencia a casos determinados de porte de arma blanca. Problemáticas que si bien fueron

¹⁶² TVN CHILE (13 abril 2022). Mujeres se arman con navajas y gas pimienta para defenderse. [Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=DZlhake6-RQ>

advertidas en la discusión general del proyecto de ley por un grupo de diputados, no fueron desarrolladas ni plasmadas en la norma.

La primera problemática surge con el fundamento de la creación de este tipo penal, el cual se crea con el objeto de regular y sancionar el porte de armas blancas en vías y espacios públicos frente al aumento considerable del uso de este tipo de elementos por grupos de pandillas que las utilizaban para cometer delitos en plazas, villas, etc. Es desde ahí que lo que se buscaba sancionar era el porte de este tipo de armas, pero solo cuando de las circunstancias que revisten el hecho se desprenda que está sería usada con fines delictuales, finalidad específica que en una redacción preliminar de la norma establecía que no existiría sanción cuando éstas *“fueren llevadas para un propósito ajeno a la comisión de un delito”*.

No obstante dichas advertencias y cuestionamientos, se decidió cambiar esa redacción y en su lugar, en el inciso segundo se estableció la posibilidad de que las personas pudieran “justificar razonablemente” su porte, y con ello esperaban que la problemática de la finalidad de la norma quedará zanjada, sin embargo, en la práctica, eso no ha sucedido, y al contrario dicha posibilidad de justificación razonable ha conllevado a tener una gran cantidad de jurisprudencia que se contradice en base a los criterios que utilizan para determinar cuándo se está en frente de una justificación que es razonable e incluso problemas en la jurisprudencia para poder determinar la naturaleza de dicha expresión respecto a si es un elemento negativo del tipo o si es una causal de justificación formando parte del análisis de antijuricidad o culpabilidad, habiendo fallos que establecen lo uno y otros fallos que establecen lo contrario, lo cual claramente trae problemas como por ejemplo, problemas con la igualdad ante la ley.

Esta expresión de justificación razonable ha tratado de ser ejemplificada, tanto en la discusión general del proyecto de ley, como también en ciertos fallos emanados de los tribunales de justicia, no obstante, ello, todas las ejemplificaciones se relacionan con la cultura del lugar, es decir, si corresponde a un lugar rural o no y, en segundo lugar, respecto a la profesión u oficio que desempeñaban las personas que cometen esta clase de delitos. No obstante, esta última situación en el cual se asocie este porte al ejercicio de una profesión, oficio o cargo, es idóneo recurrir a la exención del artículo 10 N° 10 del Código penal, pero es una eximente que solo aplica a ese caso en específico, y no alcanza a comprender otros supuestos distintos en los cuales razonablemente puedan explicar el porte de un arma blanca, más aún, considerando que dicha disposición debe entenderse en clave de ausencia de un propósito delictivo en contra de bienes jurídicos personalísimos. Si bien se entiende que quizás, en ese entonces eran los escenarios más comunes, no se debe olvidar que el derecho en general y sobre todo el Derecho penal no protegen intereses ahistóricos, ni valores eternos desvinculados de la estructura social en un lugar y de un tiempo en concreto, y en la actualidad, ese ejemplo, no es suficiente para poder ilustrar todas situaciones en que puede justificarse razonablemente el porte de un arma blanca.

Una segunda problemática surge en base a la nula especificación en la norma de las características del arma que esta debe tener para poder considerarse como objetivamente idóneo para llegar a poner en peligro el bien jurídico protegido que se busca resguardar. Esta falta de especificación en la norma, ha conllevado que en la jurisprudencia relacionada a este punto, se encuentren fallos en los cuales, habiendo armas de similares características y dimensiones se obtengan resultados absolutamente distintos, y más aún, algunos fallos reconocen la necesidad de que el arma blanca tenga determinadas características para considerarse como objetivamente idónea, mientras que otros fallos solo han establecido que la norma sólo habla de porte, por tanto, sin importar las dimensiones del arma el delito se comete por el solo hecho de portar un arma blanca.

En concordancia con lo anterior, es importante tener en consideración que no solo la jurisprudencia ha tomado en cuenta las características y dimensiones que ha de tener el arma al momento de juzgar la conducta como típica, sino que también se han fijado en aquellas circunstancias y contextos que rodean al hecho, el cual puede o no revestir el carácter de delito, así en ocasiones cuando las personas que portan un arma blanca cerca y de camino a su taller artesanal de cuero, el tribunal ha estimado que de las circunstancias se puede desprender que el porte de esta arma no se realiza con fines delictuales, y por ello, consideran que dicha conducta no es sancionable. No obstante, aquellas observaciones respecto a las circunstancias que rodean el hecho no están exentas de contradicción jurisprudencial puesto que en otras ocasiones cuando la persona que porta un arma blanca de escasas dimensiones, lo hacía mientras armaba su puesto de frutas en la feria no se ha obtenido el mismo resultado, siendo esta persona sancionada por el porte de este tipo de elementos.

2. Propuestas finales.

¿Cómo podemos solucionar esta problemática respecto al uso de esta navaja como elemento de defensa personal en mujeres y su conflicto con el artículo 288 bis inciso segundo?

Según nuestro análisis hay dos posibles soluciones con las herramientas que nos otorga el *estatus quo* de nuestro ordenamiento jurídico a la fecha. El primero desde la vía de la antijuricidad y el segundo desde el punto de vista de la culpabilidad.

2.1. Antijuricidad.

La voluntad de esta norma en su creación versó en solo sancionar el porte de esta clase de objetos cuando se portan para fines delictivos, lo cual se refuerza, al momento de agregar una causal de justificación a través de la expresión “*justificación razonable*”. En ese sentido, si bien se trata de un delito de peligro abstracto del bien jurídico de la seguridad colectiva, el hecho de que este elemento se porte para fines de defensa personal por mujeres en la vía pública ante la inminente inseguridad que experimentan día a día, pareciera ser que puede descartarse la finalidad delictiva y además considerar que el porte de esa arma blanca se realiza bajo una justificación

razonable en un contexto donde mujeres sufren de violencia y son víctimas de ella en espacios públicos.

Por otro lado, cuando los jueces se enfrenten a un caso determinado en el cual una mujer porte una arma blanca en la vía pública, se debe tener en cuenta el bien jurídico que esta norma busca amparar, puesto que al ser un bien jurídico colectivo y de aquellos denominados de peligro abstracto, el legislador al momento de tipificar esta clase de conductas, anticipa la barrera de protección del bien jurídico, por lo que resulta necesario acreditar, conforme al principio de lesividad que la conducta que despliega el sujeto constituye *ex ante* un riesgo normativo típicamente relevante para el objeto de tutela, lo cual debe ser indispensable para que concurra el desvalor del acto¹⁶³.

En ese sentido, para poder determinar que esta conducta constituye *ex ante* un riesgo típico relevante, se deben analizar las características y dimensiones del objeto cortante o punzante, es decir, que este objeto cumpla con ser objetivamente idóneo para crear un peligro que sea jurídicamente relevante, es decir, un arma blanca de escasas dimensiones no debería considerarse como un arma idónea para generar tal peligro, y es precisamente esa clase de elementos cortantes y punzantes los cuales encontramos presentes en aquellos llaveros que son vendidos a mujeres con el objeto de que los porten como elementos de defensa personal.

En tercer lugar, dentro de lo que se cataloga como la determinación de la naturaleza de la expresión “*justificación razonable*” creemos que, a pesar de haber jurisprudencia que no lo considera como un elemento del tipo, la interpretación correcta a nuestro entender es aquella doctrina que, si lo considera como tal, y por tanto, un hecho que debe ser probado para considerar la figura como típica. En ese sentido, las circunstancias que rodean al hecho son de vital importancia para catalogar o no la justificación de la mujer que porte este elemento como una justificación razonable.

La situación actual respecto del aumento de forma considerable de delitos de acoso sexual callejero, como bien lo demuestran las encuestas, donde más del 90% de las mujeres han sido víctimas de esta clase de delito, que implica acciones que infunden miedo como por ejemplo, tocaciones, agarrones, presión intencional de los genitales hacia el cuerpo de la víctima, masturbación pública con o sin eyaculación, acercamientos imprudentes, exhibicionismo, arrinconamiento, persecución, etc.; pero más allá de las acciones esto tiene como trasfondo violaciones y restricciones ilegítimas a sus derechos fundamentales.

Si se tiene en consideración que el derecho debe adaptarse a los nuevos escenarios y necesidades de las personas y a los estándares de perspectiva de género, es razonable que a una mujer que se le realice un control de identidad en la vía pública de camino del trabajo a su casa,

¹⁶³ Cfr. SJG Santiago de 25 de agosto de 2009 RIT N° 6665-2009. Pág. 9.

que transite a altas horas de la noche, y lleve consigo una pequeña cortapluma se entienda justificado el porte de este elemento, más aún si se encuentra en un llavero en el cual se portan más elementos que sirven de defensa y cuidado personal.

Si bien es entendible que el legislador al momento de crear la norma, no se imaginó un escenario en el cual el Estado es ineficiente para poder brindar seguridad a las mujeres que transitan por la vía pública, actualmente esa es la realidad y frente a ello, mujeres se han armado con el fin de tener una sensación de seguridad y en consecuencia, el ordenamiento jurídico tiene el deber de adecuar sus criterios para hacer frente a dicha situación, no obstante ello, no se ha visto avance en ese sentido.

Entonces, ¿Es posible considerar como “justificación razonable” el porte de una arma blanca por parte de una mujer que lo porte con el objeto de resguardar su propia integridad personal frente a este aumento considerable de delitos? Consideramos que sí es posible frente a las circunstancias materiales en las cuales nos encontramos como sociedad. No obstante, siendo consecuentes con aquello que se busca proteger con el actual artículo 288 bis inciso segundo, esta navaja debe ser de escasas dimensiones para que la tolerancia de la puesta en peligro del bien jurídico de la seguridad colectiva sea aceptable, en resumen, son dos cosas las que se deben considerar, en primer lugar, el contexto en el cual se porta el arma y se entrega la justificación razonable y, en segundo lugar, que esta navaja sea de escasas dimensiones. Esto se condice con la interpretación restrictiva que se debe hacer de la norma, puesto que en dicha hipótesis que acabamos de describir, se logra el resguardo del bien jurídico que se busca proteger, es decir, la seguridad colectiva, puesto que es portado solo en caso de tener que defenderse y no para cometer alguna clase de delito.

No cuestionamos el hecho de que quizás el porte del arma blanca pudiese llegar ser perjudicial para la mujer que la porta, tampoco cuestionamos la decisión de brindar seguridad portando esta clase de elementos, sino señalar y evidenciar que la calles son peligrosas y las mujeres son víctimas de delitos que generan un trauma en sus vidas, y frente a la ineficacia del Estado no consideramos que sea justo pedirles que no hagan algo al respecto.

2.2 Estado de necesidad exculpante.

El estado de necesidad exculpante exime de pena a la persona que actúe para evitar un mal grave a su persona. Por otro lado, la conducta de acoso sexual callejero que, como ya se estableció con anterioridad, es una conducta que vulnera un sin número de derechos fundamentales de las mujeres que son víctimas, las cuales se ven privadas de su derecho al libre tránsito; su integridad física y moral; y en especial, ven vulnerado su derecho a una vida libre de violencia y practica sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Sara María Astrálaga, Julieta Olarte Espitia, (2020). Acoso Sexual Callejero y Derechos Humanos. *Universitarias Estudiantes Bogotá*, (21). Pág. 189.

Esta conducta aun cuando es una práctica que violenta los derechos de las mujeres diariamente, carece de una regulación efectiva. Y si bien, se considera la ley de acoso callejero en Chile una victoria normativa al hacer énfasis en la necesidad de proteger los derechos de la mujer y reconoce que el acoso sexual callejero vulnera los derechos de las víctimas, al no existir un reconocimiento ideológico, no hay un efecto material en la protección de los Derechos Humanos de las mujeres cuando habitan espacios comunitarios y son acosadas sexualmente¹⁶⁵.

En ese sentido, la conducta de una mujer al recurrir a este elemento de defensa personal puede considerarse que *obra en su defensa para evitar un mal grave*. Puesto que, en el delito de acoso sexual callejero se vulneran y agreden la libertad y la indemnidad sexual, trayendo consecuencias psicológicas a la mujer víctima que tienen relación directa con la integridad psíquica de la mujer, pues desarrollan síndromes de ansiedad y, en los casos más graves, de estrés post traumático.

En el estado de necesidad se actúa ante una situación especial de peligro, es decir, este debe ser actual o inminente, son las estadísticas las que reflejan que el acoso sexual callejero es un problema cultural *actual* que aún no se ha podido subsanar, quedando así a un peligro *permanente* a vivir esta clase de violencia puesto que al ser un problema cultural y un fenómeno normalizado es algo que siempre estará latente hasta que se tomen soluciones que apunten en ese sentido.

La ley de acoso callejero si bien es considerada como una victoria legal en cuanto a reconocer el acoso callejero como una problemática que merece ser regulada y sancionada, esta no es suficiente para poder resguardar los derechos fundamentales de las mujeres y garantizar un entorno libre de violencia de género.

En ese sentido, si quienes deberían brindar la seguridad suficiente para poder tener un ejercicio libre de sus derechos fundamentales no lo hace, y deja en estado de indefensión a muchas mujeres en la calle, no se les puede exigir a ellas no buscar medios particulares para defenderse, si bien, el porte de una arma blanca pone en peligro el bien jurídico de la seguridad colectiva, en esta colisión, dada la gravedad de la situación vivida en las calles y la inseguridad que sienten las mujeres en ella, en la ponderación, sobre todo al no tener su porte fines delictuales, prevalece la seguridad individual de millones de mujeres por sobre una aparente inseguridad colectiva.

Aún con esta colisión de derechos y bienes jurídicos que se buscan proteger con ambas normas, donde por un lado están los derechos fundamentales y la seguridad individual de las mujeres y, por otro lado, la seguridad colectiva, basada en una hipótesis de peligro del uso potencial de una arma blanca para cometer delitos en la vía pública. A este respecto, según el análisis contextual, es importante tener en consideración la razón del porte del arma pues en caso

¹⁶⁵ Cfr. Ibidem. Pág. 204.

de recurrir a su propia seguridad descartando los fines delictivos debe prevalecer los primeros por sobre el último.

El último requisito del estado de necesidad exculpante requiere que no sea exigible a la persona necesitada soportar el mal que se pretende evitar. Aquí, claramente al ser una violencia fundamentada en el género, no hay forma de considerarla legítima o necesaria de soportar, menos aun teniendo en cuenta la cantidad de garantías fundamentales que esta vulnera, como, por ejemplo, la libertad de tránsito, la indemnidad sexual, la integridad física y psíquica, vivir en un espacio libre de violencia.

Durante muchos años estas conductas han sido soportadas por muchas mujeres, no obstante, sin tener que hacerlo, pero hoy es de conocimiento de todo el mundo que estas conductas no se deben, ni pueden, ser toleradas.

Por último, ¿a que deberíamos apuntar como país? en base a nuestras consideraciones, Chile debería apuntar a tener una regulación más específica, si bien es sabido que la realidad supera al derecho en muchas ocasiones, este debería intentar anticiparse a estos vacíos y por tanto, generar una regulación específica, como lo han hecho otros países, como por ejemplo, Reino Unido, Alemania y España, tanto en determinar cuestiones como las características específicas del arma, sus dimensiones tanto de la hoja como del mango. Y, además, regular respecto a lo que se considera espacio o vía pública y las circunstancias, con un gran abanico de ejemplos, bajo las cuales su porte estaría justificado y por tanto permitido.

Y en el mejor de los casos, apuntar a una verdadera agenda de seguridad social, donde el acoso sexual callejero, la violencia de género y demás delitos que afectan mayoritariamente a mujeres, no se normalicen y se consideren como parte de la cultura, sino que se pueda generar una real sensación de seguridad y así mujeres no tengan que recurrir a armarse para resguardar su seguridad y que discusiones como la que hemos planteado no sean necesarias.

Bibliografía

1. Andrés Bello. (1872). Obras completas de Don Andrés Bello. Volumen XII. Santiago: Impreso por G. Ramírez.
2. Asamblea General de la OEA. (1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. Belém do Pará, Brasil.
3. BCN. Historia de la Ley N° 20.480 (2010).
4. BCN. Historia de la Ley N° 21.153. Modifica el Código Penal para tipificar el delito de acoso sexual en espacios públicos (2019)
5. Benito Sotelo, Karla Mendoza. (2019). Análisis comparado internacional de la legislación contra el acoso sexual en espacios públicos. México: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres.
6. Catalina Batarce, Víctor Rivera. (05 de diciembre del 2022). *279 condenas y más de 3.700 denuncias en tres años: el saldo que deja la ley de acoso sexual callejero, en cifras de la Fiscalía*. LaTercera.com. La Tercera Recuperado de <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/279-condenas-y-mas-de-3700-denuncias-en-tres-anos-el-saldo-que-deja-la-ley-de-acoso-sexual-callejero-en-cifras-de-la-fiscalia/7C2WTRYSHZE2ZJPC4QZQRKUHB4/>
7. Daniel Quinteros “Delitos del espacio público y el problema de la “cifra negra”: una aproximación a la no-denuncia en Chile”. *Polít. crim.* Vol. 9, N° 18 (diciembre 2014), Art. 12, pp. 691-712. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A12.pdf]
8. Deisy Barrientos. (2015). Lesividad de los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. *Nuevo Foro Penal*, (11).
9. Discusión del proyecto. Apertura de la discusión general. Ley N° 19.975, 05 de octubre de 2004. Chile. Modifica el Código Penal en materia de uso y porte de armas.
10. Enrique Cury. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Undécima Edición (2020) Editorial Ediciones UC.
11. Enrique Cury. (2011). Estado de necesidad exculpante. Chile: Seminario del Centro de Estudios de la Universidad de Talca.
12. Esperanza Vaello, Lección 4: La interpretación (2002) Introducción al Derecho Penal, pp. 61–74.
13. Folleto Asamblea General de la OEA. (1994). *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. Belém do Pará, Brasil
14. Gaceta Oficial del Gobierno de Panamá, Ministerio de la Presidencia
15. Gonzalo Bascur “Consideraciones conceptuales para el tratamiento del peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos” *Polít. Crim.* Vol. 14, N° 28 (diciembre 2019), Doc.1, pp. 562-594.

16. Héctor Hernández, Jaime Couso. Código Penal Comentado Parte Especial, Doctrina Y Jurisprudencia. Libro Segundo. Título VI. (2019).: Thomson Reuters.
17. Hugo González. (2020). Percepción del Acoso Sexual Callejero en Mujeres. *Revista Psicología para América Latina*, 34, 121-131.
18. Jean Pierre Matus Acuña, M.^a Cecilia Ramírez Guzmán. Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Segunda Edición (2018). Editorial Tirant Lo Blanch.
19. José Miguel Benavente, Enrique Cortés, Delitos y sus denuncias: La cifra negra de la criminalidad en Chile y sus determinantes, Santiago: Departamento de Economía, Universidad de Chile.
20. Juan Pablo Mañalich. (2003). Consideraciones Acerca Del Error Sobre La Concurrencia De Los Presupuestos Objetivos De Las Causas De Justificación. *Revista de Estudios de la Justicia*, (3), 147 – 163.
21. Lifschitz, Politoff, M.; J. P. & Ramírez, M. (2009). *Lecciones de derecho penal chileno: Parte especial*. Alianza Editorial.
22. Luis Bramont-Arias. (2003). Interpretación de la Ley Penal. *Derecho & Sociedad*, (20). Pág. 174-183.
23. Manuel Delgado. Sociedades Movedizas. Pasos hacia una antropología de las calles (2007) Anagrama.
24. Marcial Rubio. (2009). *El Sistema Jurídico- Introducción al Derecho Quinta Edición*. Perú: Fondo Editorial.
25. María Inés Horvitz; José Luis Guzmán “Recensión: Couso Salas, Jaime; Hernández Basualto, Héctor (directores): Código penal comentado. Parte especial. Libro segundo, título VI (arts. 261 a 341), Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2019
26. Mario Garrido Montt. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Segunda edición (1997). Editorial Jurídica de Chile.
27. Martín Besio, “Art. 289”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), Código penal comentado. Parte especial. Libro segundo, título VI (arts. 261 a 341), Santiago: Legal Publishing Chile.
28. Mauricio Rettig. (2009). Desarrollo Previsible de la Relación entre la Antijuricidad y la Culpabilidad. *Revista de Derecho*, (XXII). pp. 185-203.
29. Máximo Sozzo ¿Contando el delito? Análisis Crítico y Comparativo de las Encuestas de Victimización en Argentina, Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2003.
30. Mercedes Zúñiga. (2014). Las mujeres en los espacios públicos: entre la violencia y la búsqueda de libertad. *Región y sociedad*, 4, 79-100.
31. OCAC. (2015) ¿Está Chile dispuesto a sancionar el acoso callejero? (2015).
32. OCAC. Radiografía del acoso sexual en Chile. (2020).
33. Panamá. Asamblea Nacional de Panamá (12 de febrero de 2015), Anteproyecto de Ley que previene, prohíbe y sanciona el hostigamiento, acoso callejero, acoso

- sexual, acecho, favoritismo, sexismo y racismo en todos los ámbitos, iniciativa presentada por la Dip. Ana Matilde Gómez.
34. Perú. Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley No.3539, propuesto por la congresista Rosa Mavila León, 2 de junio de 2014.
 35. Portugal. Assembleia da República. Lei n.º 83/2015. Diário da República n.º 151/2015, Série I de 2015-08-05.
 36. Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 1), (2018). Legítima Defensa y Violencia Contra las Mujeres. Organización de los Estados Americanos.
 37. Rodrigo Guerra. (2014). Estado Necesidad Exculpante: A Propósito de Actos de Defensa por Efectos del Maltrato a Partir de un Caso Emblemático. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, (20), 16- 76,
 38. Santiago Mir Puig. *Derecho Penal Parte General*. Séptima Edición (2006). Editorial Reppertor.
 39. Sara María Astrálaga, Julieta Olarte Espitia, (2020). Acoso Sexual Callejero y Derechos Humanos. *Universitarias Estudiantes Bogotá*, (21), 188- 209.
 40. Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, (2009). *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de las Américas.
 41. TVN CHILE (13 abril 2022). Mujeres se arman con navajas y gas pimienta para defenderse. [Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=DZlhake6-RQ>
 42. Víctor Manuel Vidal. (2013). Análisis de las Características Más Relevantes Del Estado de Necesidad Establecido por la Ley 20.480. *Revista Ars Boni Et Aequi*, (Año 8 N°2), pp. 237-253.
 43. Villegas, Myrna: “Tenencia y porte ilegales de armas de fuego y municiones en el derecho penal chileno” *Polít. Crim.* Vol. 15, N° 30 (diciembre 2020), Art. 8, pp. 729- 759 [http://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A8-.pdf]

Jurisprudencia

1. Corte IDH. 16 de noviembre de 2009. Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
2. Corte IDH. 20 de noviembre de 2014. Caso Espinoza González Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
3. SCA Concepción de 26 de agosto de 2005, Rol N° 531-2005.
4. SCA Coyhaique de 17 de octubre de 2005, Rol N°62-2005.
5. SCA La Serena, 16 de enero 2007, Rol N°375-2006
6. SCA Copiapó de 5 de mayo de 2006, Rol N° 74-2006.
7. SCA La Serena de 16 de enero de 2007, Rol N° 375-2006.
8. SCA Santiago de 14 de septiembre del 2007, Rol N° 1924- 2007.
9. SCA Rancagua, 22 de agosto del 2008, Rol N°293-2008.

10. SJG Chiguayante, de 06 de enero del 2010, Rit N° 612-2009
11. SJG (4°) Santiago de 25 de agosto del 2009, Rol N° 6665- 2009.
12. SJG Curanilahue, de 16 de noviembre del 2009, Rol N° 612-2009.
13. SCA Concepción de 6 de enero de 2010, Rol N° 612-2009.
14. SCA Concepción de 29 de junio del 2012, Rol N° 237-2012.
15. SCA Concepción de 20 de marzo del 2015, Rol N° 93-2015.
16. SCA Santiago de 21 de septiembre del 2015, Rol N° 1448-2015.
17. SJG (2°) Talca, de 16 de noviembre de 2015, Rit N° 9277-2015.
18. SCA Valparaíso de 25 de septiembre de 2019, Rol N° 1738-2019.
19. SCS (2°) Santiago, de 08 de junio de 2022, Rol N° 63.371-2020.