

***EL EMBARAZO PRODUCTO DE UNA VIOLACIÓN
COMO MAL CAUSADO POR EL DELITO. UNA PROPUESTA
INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO PENAL***

***PREGNANCY DUE TO RAPE AS AN EVIL CAUSED BY THE
CRIME. AN INTERPRETATIVE PROPOSAL OF ARTICLE 69 OF
THE PENAL CODE***

ISABEL RUIZ-ESQUIDE ENRÍQUEZ * **

RESUMEN

El presente analiza la circunstancia del “mal producido por el delito” prevista en el artículo 69 del Código Penal, como aspecto relevante para la fijación de la cuantía exacta de las penas en ciertos casos del delito de violación. Sostiene que los bienes jurídicos protegidos por los delitos de violación de mujeres incluyen la autonomía reproductiva de estas. Propone que la interpretación judicial ha de entenderse en un Estado constitucional de Derecho como una práctica argumentativa y en tal sentido concluye que, para ser coherente con la lesión producida por el delito en estos casos, el embarazo a consecuencia del delito de violación ha de considerarse un mal, incluido en dicha regla del sistema de determinación de penas de nuestro ordenamiento.

Palabras clave: Extensión del mal, determinación de la pena exacta, delitos sexuales, derechos reproductivos, embarazo, violación.

*Abogada. Magíster en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Candidata a Doctora en Derecho, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Correo electrónico: isabelruizesquideenriquez@gmail.com.

**El presente trabajo se inserta dentro del proyecto de Tesis doctoral “La discrecionalidad judicial en la determinación de la pena” que desarrollo en el Programa de Doctorado en Derecho mención Constitucionalismo y Derecho de la Universidad Austral de Chile y en la Universidad de Alicante de España, y forma parte de dicha investigación.

Artículo recibido el 29 de junio de 2021, y aceptado para su publicación el 17 de diciembre de 2022.

ABSTRACT

This paper analyzes the circumstance of evil produced provided in the 69 rule of the Chilean Criminal Code, as a relevant aspect in which the exact amount of penalties for certain cases of the crime of rape must be considered. It proposes that the judicial interpretation must be understood in a constitutional State of Law as an argumentative practice, and that to be consistent with the injury caused by the crime in these cases, the pregnancy caused by the crime of rape must be considered an evil.

Keywords: Extent of evil, determination of exact punishment, sexual offences, reproductive rights, pregnancy, rape.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: “EL MAL PRODUCIDO POR EL DELITO”

El artículo 69 del Código Penal ordena al juez determinar la pena del caso tomando en consideración, dentro de otras circunstancias, la de la extensión del mal causado con el delito.¹

La vaguedad de la fórmula ha llevado a la doctrina a elaborar diferentes tesis respecto del contenido del “mal”. Tradicionalmente, el estudio de la norma se ha enmarcado dentro de la determinación de la sanción penal, como regla de clausura que confiere al juez la facultad de individualizar la pena concreta que impondrá. Sin embargo y como pretendo hacer ver a continuación, su estudio no ha abordado sus implicancias ni consecuencias sino más bien una especial idea de la discrecionalidad judicial, incompatible con un Estado constitucional. Es en este escenario en el que se ha discutido que el embarazo a consecuencia del delito de violación pueda ser una circunstancia constitutiva de un mal que permita fundar una mayor pena. Intentaré demostrar que dicha circunstancia se encuentra plenamente comprendida dentro de la “extensión del mal causado” por el delito de violación.

Para lo anterior, revisaré lo que ha señalado nuestra doctrina nacional respecto

¹ El artículo 69 del Código Penal (en adelante CP) sostiene: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”. Es importante destacar que, con fecha 24 de agosto del 2022 se ha publicado la Ley N° 21.483, que modifica el Código Penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica, y se agrega al artículo entre la expresión “por el delito” y el punto final la siguiente frase: “teniendo en especial consideración la circunstancia de ser la víctima un menor de 18 años, un adulto mayor, según lo dispuesto por la Ley N° 19.828, o una persona con discapacidad, en los términos de la Ley N° 20.422 de 2010”.

de la circunstancia referida, haciendo presente que tras ellas se encuentran en juego diversas interpretaciones acerca de la discrecionalidad en la determinación judicial de la pena. Me haré cargo del bien jurídico protegido por el delito de violación – previsto en los artículos 361 y 362 del CP–, y argumentaré a favor de considerar la autodeterminación reproductiva de las mujeres como integrante del bien jurídico protegido por los delitos que me ocupan, haciéndome cargo en este punto del derecho internacional de los derechos humanos.

Utilizando los elementos desarrollados criticaré la interpretación que niega al embarazo a consecuencia de la violación todo valor de mal causado, y daré cuenta de una interpretación que permita sostener que, para casos como los que me ocupan y siendo ello imputable al autor del ilícito, el embarazo constituye una circunstancia que permite fundar una mayor cuantía de pena exacta por medio de la utilización de la fórmula de una mayor extensión del mal causado con el delito. Finalmente postularé un esquema argumentativo para la solución de los casos que me ocupan en consonancia con los fines de la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en un Estado constitucional.

1.1. De las interpretaciones del “mal causado”

Nuestra doctrina nacional ha abordado escasamente el estudio acerca del arbitrio judicial de la determinación de la pena.² Lo anterior ha contribuido una exigua problematización de este tema por parte de la dogmática penal, pese a que su ejercicio, en la práctica, implica la concretización de las más gravosas consecuencias del *ius puniendi* estatal.

Y si bien la mayor parte de los manuales de derecho penal nacional contienen un apartado dedicado a la determinación de la pena, en ellos se da cuenta de un sistema de reglas que mandatan fijar un grado de pena determinado para luego, dentro de dicho grado – y a fin de individualizar con precisión la pena exacta que en definitiva se impondrá–, considerar lo dispuesto en el artículo 69 del CP.³ En ellos no se explora respecto de los fines que ha de perseguir el juez con la

² Así, entre otros, OLIVER, Guillermo, “Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno”, *Política Criminal*, 2016, Vol. 11, N° 22, pp.766-793, disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200013&lng=es&nr=iso&tlng=es (consultada: 10 de febrero de 2020).

³ Entre otros: LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, T. I, pp. 264 y ss.; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, T. II, pp. 170 ss.; CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, T. II, pp. 757 y ss.; GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, T. I, pp. 315 y ss.; y NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, T. II, pp. 347 y ss.

individualización exacta de la cuantía de la pena, la forma en que deben concurrir dichos fines en el razonamiento judicial ni los fundamentos o principios que se encuentran involucrados en este quehacer judicial.⁴ Lo anterior, pese a que dicha norma le confiere al juez la facultad de imponer una pena que puede variar en años de privación de libertad.⁵

Así, LABATUT sostiene que para individualizar la pena exacta el juez deberá contar con arbitrio suficiente tanto para fijar la clase de sanción como la duración de aquella. Dentro de ellas, se encuentra la mayor o menor extensión del mal producido por el delito lo que se correspondería con la gravedad objetiva de las consecuencias del delito.⁶ ETCHEBERRY, por su parte, sostiene que para establecer con precisión la pena que en definitiva se impondrá el juez deberá atender en último término a la ofensa misma al bien jurídico protegido por el delito.⁷ En sentido similar CURY indica que para determinar la pena exacta el juez deberá atender finalmente al resultado externo del hecho punible cuando éste admite graduación, y otras consecuencias dañosas causadas aunque no formen parte del tipo respectivo,⁸ y GARRIDO que el mal causado por el delito debe atenderse con suficiente margen para dar cuenta de la “entidad de la lesión o peligro corrido por el bien jurídico protegido y (...) los otros efectos perjudiciales que se deriven directamente del delito, sin perjuicio que no hayan sido considerados por el legislador al describir el tipo penal”.⁹

La doctrina tradicional chilena, como vemos, alude al arbitrio judicial en la determinación de la pena como una facultad que es otorgada al juez para fijar una sanción dentro de un margen predeterminado. Dentro de dicho margen, el juez podrá decidir la cuantía de la pena sobre determinadas circunstancias, con un cierto espacio de libertad para apreciar aquello que, como mal causado, diga relación con la lesión producida o el peligro al cual ha sido expuesto el bien jurídico protegido.¹⁰

⁴ Así, LABATUT, cit. (n. 3), pp. 264 y ss.; ETCHEBERRY, cit. (n. 3), pp. 170 y ss.; GARRIDO, cit. (n. 3), pp. 351 y ss.

⁵ En el caso del delito de violación previsto en el artículo 361 del CP, el juez podría hipotéticamente recorrer desde los 5 años y un día a los 15 años de presidio mayor en su grado máximo. Y en el caso del artículo 362, modificado por la Ley N° 21.483 antes referida (n. 1), entre los 10 años y un día y los 20 años.

⁶ LABATUT, cit. (n. 3), pp. 264 y ss.

⁷ ETCHEBERRY, cit. (n. 3), pp. 170 ss.

⁸ CURY, cit. (n. 3), pp. 757 y ss.

⁹ GARRIDO, cit. (n. 3), pp. 315 y ss.

¹⁰ Detrás de las posturas tradicionales revisadas sin duda se encuentra presente una concepción del derecho que, siguiendo la tradición positivista más clásica, considera que el juez “llena” este espacio de indeterminación del derecho por medio de un acto de voluntad, el cual, en todo caso, es político. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1982 (1960),

Para autores como MATUS y VAN WEEZEL, en cambio, el proceso de individualización de la pena “significa en la práctica establecer en un caso concreto la clase y medida de la reacción penal frente a quien ha intervenido en un hecho punible como autor, cómplice o encubridor”,¹¹ de forma tal que para los autores existe una relación entre el ejercicio de esta actividad y las finalidades de la misma. En tal sentido la extensión del mal causado permitiría considerar “el mal asociado a los resultados típicos graduables (...)” y “(...) la extensión del mal que se causa directamente con el delito pero que no se encuentra descrito en el tipo penal”,¹² siendo en todo caso indispensable la consideración del principio *ne bis in idem* y de criterios preventivos como principios limitadores del *ius puniendi* estatal.¹³ En un sentido semejante, autores como MAÑALICH, OLIVER, GUERRA, señalan expresamente la importancia de las teorías de la pena al momento de la determinación judicial en especial y el vínculo que existe entre los fines de la pena y la capacidad de los jueces para modelar conductas ajenas, como asimismo la posibilidad de introducir nuevas valoraciones de intereses sociales en el sistema jurídico por esta vía.¹⁴

RODRÍGUEZ por su parte –compartiendo que la determinación judicial de la pena ha de obedecer a ciertos principios– sostiene que las posturas recién expuestas corresponden a corrientes que interpretan extensivamente la norma en cuestión.¹⁵ Indica que tradicionalmente se han realizado dos interpretaciones sobre la cláusula. La primera –o enfoque restrictivo–, circunscribe la expresión al daño o menoscabo a aquel que forma parte del tipo penal. La segunda –o extensiva–, incluye dentro del “mal” las consecuencias extratípicas de la conducta delictiva.¹⁶ Esta última

pp. 349 y ss.

¹¹ MATUS, Jean Pierre; VAN WEEZEL, Alex, “De la aplicación de las penas”, en MATUS, J.P. (Coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 324 y ss.

¹² MATUS Y VAN WEEZEL, cit. (n. 11), p. 324 y ss. En el mismo sentido, COUSO, Jaime, “El sistema de determinación de penas en el Derecho Chileno”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), *Código Penal Comentado, Libro I. (Arts. 1° a 105). Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot - Legal Publishing Chile, Santiago, 2011 pp. 510 ss.

¹³ MATUS Y VAN WEEZEL, cit. (n. 11), pp. 373 y ss.

¹⁴ Es importante en todo caso destacar que MAÑALICH se muestra contrario expresamente a las posturas de VAN WEEZEL sobre las consideraciones preventivas que este último aduce. En tal sentido, v. MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, *Informes en Derecho (DPP)*, 2009, N° 7, pp. 41-67, disponible en línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/3767-2.pdf> (consultado: 10 de febrero de 2020).

¹⁵ RODRÍGUEZ, Luis, “La noción de ‘mal producido por el delito’ en el ámbito de la criminalidad sexual”, en: VAN WEEZEL, A. (Editor), *Humanizar y Renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 921-962.

¹⁶ Como exponentes de esta postura extensiva, menciona a autores como PACHECO, CURY, ETCHEBERRY, GARRIDO Y VAN WEEZEL. Véase RODRÍGUEZ, cit. (n. 15), p. 950.

interpretación vulneraría el principio de legalidad, en tanto valoraría elementos no previstos por el legislador. Infringiría además el principio de culpabilidad, pues no habría manera que el delincuente pudiera abarcar, con su conocimiento y voluntad, las repercusiones colaterales de su actuación antes de llevarla a cabo.¹⁷

Esta interpretación restrictiva comparte el autor, por razones sistemáticas y valorativas. Sostiene que la palabra mal ha de significar afectación del bien jurídico protegido y así, la mayor o menor extensión del mal, “(...) sólo puede aludir a la gravedad que alcanza la vulneración del objeto de tutela (...)”.¹⁸ Agrega que la noción de mal es eminentemente valorativa y como tal, este existirá sólo en la medida que sea declarado como lesivo de un interés individual o colectivo, declaración que ha de realizar el legislador y que le estaría vedada al juez. Este, de hacerlo, se atribuiría potestades legislativas.¹⁹

Así, RODRÍGUEZ limita la vaguedad de la cláusula identificando los casos regulados por la norma, decidiendo en torno a la extensión del concepto y realizando una interpretación en concreto de la frase “extensión del mal causado por el delito”.²⁰ A su entender “el mal” debe cumplir ciertos requisitos para poder ser valorado, dentro de los cuales destaca que éste debe formar parte de la descripción típica del delito que se trate, pues de lo contrario se vulneraría la garantía penal del principio de legalidad. A su parecer, el embarazo a consecuencia del delito de violación no puede constituir un mal en tanto no forma parte de la descripción típica de los delitos de violación.²¹

Ahora bien, todas las posturas antes expuestas relacionan el mal causado por el delito con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por aquel, sin embargo, difieren en lo que entienden por el arbitrio judicial de la determinación de la pena exacta. ¿Consiste éste –como sostiene la doctrina tradicional chilena– en una un margen de libertad otorgado al juez penal para decidir la sanción exacta? ¿O corresponde a una actividad judicial que debe ejercerse considerando ciertos valores o principios?

¹⁷ Este argumento resulta, para la hipótesis de embarazo a consecuencia de la violación que planteo, de sumo interés para los casos de violación cometidos de forma reiterada por parientes, como expondré más adelante.

¹⁸ RODRÍGUEZ, cit. (n. 15), p. 952.

¹⁹ RODRÍGUEZ, cit. (n. 15), p. 954 y ss.

²⁰ Sobre la interpretación en concreto, véase: GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y Argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 333 y ss.

²¹ RODRÍGUEZ, cit. (n. 15), p. 957 y ss. Para la argumentación que desarrollaré, es importante indicar que la formulación que se realiza respecto del principio de legalidad resulta incompatible con un sistema normativo que demanda del juez la sujeción ya no a la letra de la ley, sino “sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”. Al respecto: FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 15 y ss.

1.2. Del concepto de arbitrio judicial

He señalado que para autores como MAÑALICH, OLIVER, GUERRA, o RODRÍGUEZ, el arbitrio judicial de la determinación de la pena consiste en una práctica que obedece a ciertos principios o fines.

Así por ejemplo, OLIVER sostiene que la norma ya referida se muestra como idónea para recoger y aplicar los fines de la pena²² y GUERRA, reconociendo la relevancia de esta esfera de discrecionalidad, sostiene que la determinación de la pena exacta debe abordarse desde criterios preventivos y retributivos,²³ aludiendo expresamente a los principios penales. Asimismo indica que la norma en cuestión le entrega una facultad al juez para enviar un mensaje social al momento de imponer la pena.²⁴ También RODRÍGUEZ quien sindicca las etapas de un proceso valorativo, limitado por los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, como ya se ha visto.

De esta forma, el ejercicio del arbitrio judicial de la determinación de la pena se concibe como una facultad que tiene una función determinada, y que debe ser ejecutada en relación a los fines y principios del derecho penal. Y ¿cómo debe realizarse esta actividad?

Sostiene LIFANTE VIDAL que la discrecionalidad, aduce a un margen de libertad para la toma de decisiones, lo que implica asumir determinadas caracterizaciones respecto de la libertad que mantiene quien adopta la decisión, los motivos del poder conferido y la forma en que éste ha de ejercerse. Y que la misma puede caracterizarse sobre la base del permiso del que goza quien la ejerce, pero también como una potestad conferida para la adopción de una decisión allí donde el Derecho no está determinado.²⁵

Si el fenómeno de la discrecionalidad se caracteriza sobre la idea del permiso del cual goza quien la ejerce, entonces ésta debe ajustarse a las hipótesis y a los límites del poder conferido. Sin embargo, si la discrecionalidad es vista como una potestad conferida para la adopción de una decisión de concreción del Derecho – ahí donde este se encuentra indeterminado –, ésta ya no solo consiste en un permiso sino más bien en un poder para decidir un determinado curso de acción. Como vemos, mientras la doctrina nacional tradicional pondría el acento en la primera de

²² OLIVER, cit. (n. 2), pp. 766 y ss.

²³ GUERRA, Rodrigo, “Determinación de la pena exacta. Algunas consideraciones acerca de la mayor o menor extensión del mal”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 2016, Vol. 22, pp. 1-18, disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5837313>, consultado: 10 de febrero 2021.

²⁴ GUERRA, cit. (n. 23), p. 11.

²⁵ LIFANTE, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2002, N° 25, pp. 413-439, disponible en línea: <http://hdl.handle.net/10045/10148>, consultado: 10 de febrero 2020.

dichas caracterizaciones, los autores luego referidos estarían pensando más bien en el poder del juez para concretar el Derecho.

Ahora bien, el ejercicio del arbitrio judicial de la pena demanda que quien ejerza dicha facultad deba, en todo caso, determinar el Derecho aplicable al caso a fin de elaborar las premisas del silogismo por medio del cual individualizará la pena. Dado que la regla llama a considerar el mal causado por el delito, para ejercer este permiso o poder el juez deberá por una parte determinar el significado de la expresión en cuestión –lo que correspondería a interpretar el sentido del Derecho – y por la otra, los límites que dan forma a la actividad discrecional que realiza. En ambos casos y puesto que el ejercicio de la actividad se enmarca en un Estado Constitucional, el juzgador deberá considerar los valores y principios que forman parte del sistema normativo que lo rige.²⁶

A continuación me haré cargo de la protección penal que dispensan los delitos de violación en nuestro ordenamiento y que permitirían determinar el sentido del mal que me ocupa, para luego hacerme cargo de aquellos principios que resultarían necesarios de considerar –en tanto principios limitadores del castigo estatal– en un razonamiento que estime que el embarazo de la mujer a consecuencia de la comisión de un delito de violación constituye un mal.

1.3. El bien jurídico protegido por el delito de violación

Nuestra doctrina nacional sostiene que, luego de la modificación introducida por la Ley N° 19.617, ya no puede esgrimirse como bien jurídico protegido en estas materias la moralidad pública, la defensa de una cierta visión de honor o un determinado concepto de familia.²⁷ Sin embargo y pese a las pretensiones de Ley en orden a reconocer a la libertad sexual como bien jurídico protegido en estas figuras, ello no se habría cumplido.²⁸

Así, cual es el bien particularmente protegido por las figuras de violación que me ocupan, sigue siendo una cuestión controvertida para algunos autores. MATUS y RAMÍREZ sostienen que en estos delitos se protege junto a la libertad sexual –entendida como “la facultad de la persona para autodeterminarse en esta materia, sin ser compelido ni abusado por otro”–, la indemnidad sexual de los menores

²⁶ FERRAJOLI, cit. (n. 21), pp. 23 y ss.

²⁷ Así, GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, 4ª ed., T. III, pp. 260 y ss. También, RODRÍGUEZ, Luis, *Delitos sexuales*, Jurídica de Chile, Santiago, 1ª ed., 2000, pp. 53 y ss.

²⁸ V. GUZMÁN, José L., “Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, 2016, N° 68, pp. 105-136, disponible en línea: <https://revistas.uv.cl/index.php/rscs/article/view/481> (consultado: 7 de agosto 2022).

—entendida como el respeto a su desarrollo íntegro, tanto psíquico como físico—, la integridad moral de las personas y la vida e integridad física de las mismas.²⁹ MAÑALICH en cambio, sostiene que en estas materias existe un único bien jurídico protegido: el de la indemnidad sexual, que correspondería a “(...) la propiedad situacional exhibida por una persona actualmente no involucrada en contacto sexual alguno con una o más personas”.³⁰ Es decir, la protección se brindaría respecto de la no inferencia o involucramiento sexual.³¹

Ahora bien, sin perjuicio de la discusión referida, existe suficiente acuerdo en que el fundamento de la protección en las materias que me ocupan corresponde a la autonomía en el ámbito de la sexualidad de las personas. Esta, en tanto expresión de la libertad humana, ha de envolver tanto autodeterminación para consentir actos de índole sexual como para rechazarlos, de forma tal que es posible sostener que la autodeterminación o libertad sexual contiene tanto un aspecto positivo en orden a decidir realizar acciones como uno negativo relativo a rechazar intromisiones en este ámbito.³²

Así entendido el fundamento de la protección penal parece servir a dos bienes jurídicos estrechamente relacionados pero diferentes: la libertad sexual en el caso de la violación del artículo 361 y la indemnidad sexual en el caso de la violación de menores de 14 años, prevista en el artículo 362 de nuestro CP.³³ Este último correspondería a una especial forma de proteger las características o circunstancias que harán posible el ejercicio futuro de la libertad sexual. Dicho de otra forma, la indemnidad sexual protege que la sexualidad pueda llegar ser ejercida de forma libre por su titular.³⁴

²⁹ MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 2ª ed., pp. 155 y ss.

³⁰ MAÑALICH, Juan Pablo, “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Ius et Praxis*, 2014, Vol. 20, n° 2, pp. 21-70, disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200002 (consultado: 07 de agosto 2022).

³¹ Es importante hacer presente que la indemnidad sexual para el autor es un concepto distinto al que postula RODRÍGUEZ o GARRIDO MONTT, y que, si bien le permite abarcar el fundamento de punición de ambas figuras de violación, no da cuenta de la especificidad del bien protegido en la figura del artículo 362 del Código Penal, que protege especialmente a los menores de 14 años.

³² En tal sentido, RODRÍGUEZ, cit. (N° 27), pp. 53 y ss.

³³ Y esto pues, en el caso de los mayores de 14 años, la protección no es solo de no interferencia sino también de decisión.

³⁴ GARRIDO, cit. (n. 27), pp. 267 (en nota al pie). Considero que esta forma de ver la libertad sexual controvierte la solución que propone MAÑALICH, pues la autodeterminación sexual como fundamento de las figuras que me ocupan se expresa en bienes jurídicos diversos. Para el tipo penal previsto por el artículo 361 del CP el bien jurídico protegido es la libertad sexual, mientras que para el tipo del artículo 362 el bien jurídico protegido es uno distinto: la indemnidad sexual.

Visto de esta forma parece pertinente abocarme a la justificación de la gravedad de la lesión que importaría un embarazo no deseado para bienes jurídicos protegidos por las figuras de violación de nuestro Código.³⁵

1.4. La autodeterminación reproductiva de las mujeres y su relación con la autodeterminación y la indemnidad sexual

He indicado que los delitos de violación que me ocupan protegen los bienes jurídicos de la libertad y la indemnidad sexual.³⁶ El primero y como atributo de la persona humana, protege la libertad en el ámbito de la sexualidad, es decir: “la facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto por la libertad ajena y, al mismo tiempo, como la facultad para repeler las agresiones sexuales de otro”.³⁷ El segundo corresponde a la: “facultad humana inviolable, referente del derecho de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad”.³⁸ Ambos encuentran su fundamento en la autonomía sexual.

En el caso de las mujeres esta especial facultad se encuentra estrechamente relacionada con su libertad reproductiva; tanto, que forma parte de ella. Esta afirmación importa dos cuestiones relevantes: la primera es que la libertad sexual de las mujeres contiene la libertad de gestar y reproducir vida (humana). La segunda es que esta especial capacidad de concebir convierte a la libertad sexual reproductiva de las mujeres en un derecho particular diverso al derecho a la libertad sexual de los hombres, pues ellos carecen de este especial poder.

Respecto de lo primero, debemos señalar que, salvo los métodos de reproducción asistida, para la procreación de la especie es requisito previo el ejercicio de la actividad sexual. Y dado que la mujer ha de consentir en dicha actividad, la única forma de decidir autónomamente acerca de su reproducción – sin injerencias ilícitas de terceros–, demanda el ejercicio autónomo de su libertad sexual. La autonomía sexual de la mujer abraza la decisión acerca de convertirse en madre o no, en qué momento y cuantas veces.

Lo anterior pues en el caso de las mujeres disponer de su cuerpo para la

³⁵ Para FERRAJOLI una teoría del bien jurídico solo puede ofrecer criterios negativos de deslegitimación: “El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo, (...) Entre los bienes externos al derecho penal (...) están, por razones obvias, todos “los derechos fundamentales (...)”. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2018, pp. 459 y ss.

³⁶ No me haré cargo sino del bien jurídico protegido en estos delitos, en tanto son aquellos en los cuales puede producirse la circunstancia del embarazo, la que es objeto de cuestión en tanto mal causado.

³⁷ RODRÍGUEZ, cit. (Nº 27), pp. 61.

³⁸ GARRIDO, cit. (Nº 27), pp. 267.

actividad sexual importa el poder de reproducirse,³⁹ poder que por cierto conlleva la decisión de convertirse o no en madre y en el que, como proyecto de vida, ningún otro ser humano puede intervenir.⁴⁰

Respecto de la segunda cuestión, hay que decir que la capacidad de procrear, es un poder o capacidad biológica que únicamente mantienen las mujeres por medio de sus cuerpos. Así bien sostiene FERRAJOLI:

“Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (...) es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart MILL llamaba la “soberanía” de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo; porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino solo como fin en sí misma”.⁴¹

Siendo un poder que solo mantiene el cuerpo de la mujer, este por cierto configura una desigualdad respecto de los hombres.⁴² Dicho de otra forma, el embarazo no podría considerarse una extensión del mal respecto de un delito de violación cometido en contra de hombres, porque ellos no pueden usar sus cuerpos para tal fin.⁴³

³⁹ Al respecto, v. PITCH, Tamar, *Un derecho para dos, La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003.

⁴⁰ Obviamente, que dicha decisión sea en los hechos libre, es discutible. Al respecto: ZÚÑIGA, Yanira, “Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista”, *Ius et Praxis*, 2013, Vol. 19, N° 1, pp. 255-300, en línea: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000100008>, (consultada: 7 de agosto 2022).

⁴¹ FERRAJOLI, cit. (n. 21), pp. 73 y ss.

⁴² Debe tenerse muy claro que la libertad reproductiva no es sinónimo del derecho a tener una familia, aun cuando su relación es muy estrecha. Para las mujeres –que son las únicas capaces de generar vida humana con y en su propio cuerpo– la relación es tan cercana que se confunde, generando una serie de discusiones en materia, por ejemplo, de maternidad subrogada. Al respecto, ver PITCH, cit. (n. 39), pp. 25 y ss.

⁴³ En casos de violación a víctimas hombres deberá estudiarse en qué consiste el mal causado con el delito, pero ello escapa del objetivo del presente trabajo.

Ahora bien, ¿Qué sucede en el caso de las niñas y adolescentes?⁴⁴ ¿Se encuentra cubierto su derecho a la autodeterminación reproductiva por el bien jurídico protegido indemnidad sexual?⁴⁵ Si la indemnidad sexual consiste en la prohibición de toda injerencia para el normal desarrollo y configuración de la propia sexualidad, y la decisión acerca de la maternidad consiste en una decisión que marcará de forma definitiva el desarrollo de su sexualidad, es indudable que la protección penal que se brinda a su titular, por su intermedio, cubre el derecho a la autodeterminación reproductiva.

1.5. La perspectiva de género

Una visión de género en materias de delitos sexuales como los que me ocupan, aporta a este trabajo, pues la interpretación de la voz “mal”, se encuentra atravesada—como muchas otras en el derecho—por cuestiones de género. Las críticas *ius* feministas ilustran claramente la relevancia que una determinada comprensión acerca del significado de ciertas palabras—en nuestro caso de la palabra violación—, pueden tener en estas materias.⁴⁶ Tratándose el caso que estoy estudiando de uno que afecta a las mujeres en condición de ejercer su derecho a ser madres, la falta de consideración a la perspectiva de género resulta especialmente importante pues ello podría privilegiar patrones sociales masculinos, en desmedro de las finalidades a las que la determinación judicial de la pena está llamada.⁴⁷

⁴⁴ Es importante destacar que, como ya señalé, la Ley N° 21.843 modifica el marco punitivo del artículo 362 del CP, en tanto fija la pena en los grados medio a máximo del presidio mayor.

⁴⁵ Parto de la premisa que las niñas con capacidad reproductiva tienen dicho derecho, pues ellas podrían decidir convertirse en madres, de forma autónoma, libres de injerencias ajenas. Esto lo confirma la norma prevista en el artículo 4 de la Ley N° 20.084, como, por cierto, el hecho que el aborto es un derecho para ellas y para todas las mujeres víctimas de violación, al tenor del artículo 1° de la Ley N° 21.030, que modifica el artículo 119 del Código Sanitario. Ley N° 20.084, de 2005; Ley N° 21.030, de 2017.

⁴⁶ Al respecto, v. MACKINNON, Catharine, *Feminismo inmodificado, Discursos sobre la vida y el derecho*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014, p. 129. Es importante recordar que el mal dice relación con la lesión producida por el delito por el cual se condena. En nuestro caso, un delito de violación, que lesiona la libertad o indemnidad sexual de la víctima. En tal sentido es interesante destacar que la Ley N° 21.030 sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo incorpora una causal específica para estos casos. Si nuestra legislación permite el aborto sin castigo penal consecuente en dichos casos es porque el embarazo conculca los derechos sexuales y reproductivos de la víctima del delito, y en tal sentido ha de considerarse un mal.

⁴⁷ Por ejemplo, considerar que el embarazo forzado no es un mal, implica desconocer la autonomía reproductiva de la mujer y permite visualizar que, para el razonamiento entonces: “la mujer (...) se identifica y es identificada como aquel cuya sexualidad existe para otro, que socialmente es masculino”. Véase MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995, pp. 207. En todo caso que el embarazo no deseado constituya un mal para la mujer se condice con los valores liberales sin mayor cuestión. Sostener que un embarazo no deseado podrá llegar a convertirse en “una bendición” no hace sino encubrir una visión moral ultraconservadora, vulnerando la separación entre

El derecho internacional de los DDHH ha ido incorporando la perspectiva de género, permitiendo la visualización de la especial condición en que pueden encontrarse ciertas mujeres. A modo de ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional contiene la que se considera la primera definición de género en un Tratado Internacional,⁴⁸ prohibiendo de forma explícita la adopción de decisiones que importen discriminaciones por motivos de género. Además, dentro de las descripciones de las conductas que considera punibles, contempla figuras de las cuales solo pueden ser víctimas las mujeres, siendo una de ellas precisamente el embarazo forzado en tanto crimen de lesa humanidad.⁴⁹

El reconocimiento de los derechos de las mujeres como objeto de especial protección se ha concretado en diversos tratados, orientaciones y recomendaciones. Del conjunto de estas normas y su jurisprudencia surgen obligaciones para los intérpretes nacionales sobre las cuales quisiera llamar la atención.

1.6. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como integrante del sistema normativo

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, permite constatar que al poder del Estado para perseguir y castigar crímenes se oponen ya no solo los clásicos límites del *ius puniendi* estatal, sino también las interpretaciones progresivas que sobre dichos límites ha ido desarrollando en nuestro continente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En tal sentido, tanto por medio del conocido bloque de constitucionalidad, como por medio del control de convencionalidad, se han ido incorporando al sistema normativo nacional aquellos derechos que asegura el derecho internacional.⁵⁰

derecho y moral.

⁴⁸ El artículo 7.3 dispone: A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede. Por su parte el artículo 21.3 dispone: 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), consultado: 7 de agosto 2022.

⁴⁹ Artículo 7.2.f, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cit. (n. 48). Acerca de la evolución de la perspectiva de género en la materia: CÁRDENAS, Claudia, “La mujer y las consideraciones de género en el derecho penal internacional y en la justicia penal internacional”, en: ANTONY, C.; VILLEGAS, M. (Eds.), *Criminología feminista*, Eds. LOM, Santiago, 2021, pp. 139-217.

⁵⁰ NASH, Claudio, “El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de *Almonacid Arellano vs. Chile*”, en HENRÍQUEZ, M.; MORALES, M. (Coords.), *Control de convencionalidad en Chile*.

De esta forma, el ejercicio de adecuación constitucional ha ampliado sus fronteras más allá del tenor literal de las cartas fundamentales respectivas, pero también se ha expandido el tradicional catálogo de principios limitadores del castigo estatal. Tal es el caso por ejemplo, del principio de igualdad.⁵¹

El poder judicial, los órganos de la administración de justicia y las demás autoridades, se encuentran en la actualidad en la necesidad de verificar la compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás instrumentos del Sistema Interamericano. Junto con la compatibilidad, deberán suprimir las normas contrarias a la CADH o bien interpretarlas conforme a ella.⁵² Así el juez deberá hacerse cargo de las interpretaciones que sobre los derechos fundamentales –y dentro de ellos los derechos reproductivos de la mujer– que dichos organismos han ido desarrollando para imponer la cuantía exacta de la pena.

Los derechos reproductivos de la mujer se ido han desarrollado en el ámbito internacional por medio de los derechos derivados de la dignidad e igualdad de la mujer, y han sido reconocidos especialmente en la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la III Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada en El Cairo en 1994, así como la IV Conferencia de la Mujer de Beijing en el año 1995. En tanto los derechos sexuales y reproductivos forman parte de la libertad personal de las mujeres, de su derecho a la vida privada y familiar y de su derecho a la salud, ellos se comprenden no solo en los tratados referidos especialmente a las mujeres, sino también en los tratados generales de derechos humanos.⁵³

Bases normativas, jurisprudencia y críticas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2019, pp. 403 y ss.

⁵¹ La posición de la víctima como sujeto relevante del proceso penal que ha ido desarrollado el derecho internacional de los DDHH, como sostiene RIEGO, ha favorecido un nuevo escenario procesal penal que considera a la víctima como un interviniente con amplias facultades. Pero su incorporación también ha permitido la discusión de perspectivas novedosas en el debate de los límites limitadores al *ius puniendi* estatal. Por ejemplo, sobre el principio de igualdad de las penas y su relación con la víctima del delito. Así, véase la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, 29 de enero de 2021, Rol 8792-20. Sobre la posición de la víctima, v. RIEGO, Cristián, “La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella”, *Política Criminal*, 2014, Vol. 9, n° 18, pp. 668-690, en línea: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200011> (consultada: 7 de agosto 2022).

⁵² Al respecto, NASH, cit. (n. 50), pp. 403 y ss.

⁵³ Entre otros: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las

Así y en concordancia con ellos, el Manual de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Academia Judicial Chilena (2020) define estos derechos como:

“(A)quellos que permiten a todas las personas, sin discriminación, violencia o coerción, ejercer plenamente su sexualidad como fuente de desarrollo personal y decidir autónomamente sobre la sexualidad y reproducción, contando para ello con la información, los medios y servicios que así lo permitan”.⁵⁴

Refiere asimismo que el derecho a la autonomía sexual y reproductiva se basa en el derecho a planear la propia familia, al encontrarse libre de inferencias en la toma de decisiones reproductivas y de toda forma de violencia o coerción que puedan afectar la vida reproductiva. Agrega que el derecho se relaciona con la autonomía corporal en tanto se protege la intromisión o invasión no deseada en sus propios cuerpos, lo que para el caso de las mujeres, como ya he referido, implica el ejercicio de su poder de gestar.⁵⁵

Ahora bien, es interesante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha llamado la atención sobre el impacto que determinadas conductas tienen en forma diferenciada para las víctimas. La sentencia del Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs Perú*, de 25 de noviembre de 2006, destaca la diferencia de afectación, que determinadas agresiones tendrían para ciertos grupos de personas, ya sea por actos dirigidos especialmente contra dichos grupos, o bien porque los actos cometidos les afectan de una particular forma.⁵⁶ De lo anterior puede desprenderse que la vulneración al derecho de la mujer a elegir ser madre, constituye un impacto ha de tener implicancia para el sentenciador.⁵⁷

Personas Mayores.

⁵⁴ LÓPEZ, Hernán; PÉREZ, Alejandra, *Manual de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Academia Judicial Chilena*, Material Docente N° 3, Academia Judicial, Santiago, 2020, en línea: [https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20\(1\).pdf](https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20(1).pdf) (consultado: 16 de agosto 2022).

⁵⁵ LÓPEZ y PÉREZ, cit. (n. 54), pp. 52 y ss.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2006, caso *Penal Miguel Castro Castro vs Perú*.

⁵⁷ Hay que recordar que la obligación de los jueces es la de integrar en sus decisiones no solo las normas sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así lo ha resuelto la propia Corte, entre otros casos, en *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006, cuando sostiene: “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte

II. UNA INTERPRETACIÓN COMPATIBLE CON EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

Si el arbitrio judicial de la individualización de la pena exacta supone en todo caso un ejercicio de determinación del Derecho, en un Estado constitucional este debe desarrollarse en coherencia con los fines y principios de dicho sistema normativo. A continuación, me haré cargo de la interpretación que niega al embarazo de la mujer víctima la condición de mal causado con el delito de violación, para luego desarrollar un modelo de razonamiento de la determinación de la pena exacta en estos delitos, consistente con los fines y principios del sistema que nos rige.

2.1. Crítica a la interpretación restrictiva

La interpretación que rechaza la circunstancia del embarazo como una que permita imponer una mayor cuantía de pena –denominada teoría restrictiva–, realiza la interpretación jurídica como un acto de conocimiento respecto del verdadero sentido del concepto “mal causado con el delito”, asumiendo que éste se encuentra dotado de un significado único y determinado, susceptible de ser verificado atendidas las palabras del legislador y que, por medio del ejercicio que realiza, descubre como único significado preexistente.⁵⁸ Esta teoría –que en la teoría del derecho se clasificaría como una Teoría Cognitivista de la interpretación⁵⁹–, lleva a un sector de la doctrina nacional a limitar el concepto de *mal*, dejando fuera la circunstancia del embarazo a consecuencia del delito de violación. Haciendo uso de las herramientas de la Teoría del Derecho, a continuación criticaré dicha concepción.

La interpretación restrictiva sobre la circunstancia de la extensión del mal causado puede criticarse por ejemplo desde el escepticismo, en tanto pareciera sostener que existe un significado objetivo del mal causado, negando que toda disposición admita más de un significado.⁶⁰ La existencia de una única

Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 6 de noviembre de 2006. En el mismo sentido, ver NASH, cit. (n. 50), pp.489 y ss.

⁵⁸ En particular: GUASTINI, Riccardo, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, 2012, Vol. XI, pp. 27-57, disponible en línea: <https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2537> (consultado: 10 de febrero 2020).

⁵⁹ En el mismo sentido, LIFANTE VIDAL, Isabel, *Argumentación e interpretación Jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 61 y ss.

⁶⁰ Así una interpretación *cognocitivista* lleva al intérprete a descubrir el significado del texto normativo, como si este fuera uno: “unívoco y susceptible de conocimiento (...) preconstituido respecto de la interpretación”. GUASTINI, cit. (n. 20), p. 348.

interpretación correcta es para los autores escépticos una falsa en tanto existen rangos de significados admisibles y ellos se encuentran en significados tanto atribuidos en el uso común, como a los métodos interpretativos en uso, y/o a las teorías dogmáticas.⁶¹

Así, es posible sostener que, para el caso de los delitos sexuales, a la controvertida frase “mal causado” se le pueden atribuir otros significados. Por ejemplo según la voluntad del legislador, la historia fidedigna de la Ley N° 19.617, da cuenta que el embarazo fue usado como fundamento de la alta punición de estos delitos.⁶² Por su parte es posible indicar que limitar los males del delito sólo a aspectos psicológicos parece ajustarse a un sistema de valores que discrimina a cierto tipo de víctimas de agresión sexual. Ello pues el embarazo no deseado constituye una vulneración a un derecho fundamental que sólo pueden sufrir las mujeres: la autodeterminación reproductiva, de forma tal que dicha restricción del mal estaría basada únicamente en el sexo, constituyendo una de aquellas discriminaciones condenadas por la CEDAW.⁶³

Ahora bien, el castigo penal y su cuantía se encuentran, sin embargo, sujeto a límites que los jueces deberán respetar, en tanto límites al *ius puniendi* estatal. Dentro de ellos, y de especial relevancia para el caso que me ocupa se encuentran los principios de legalidad, de subsidiariedad y de culpabilidad. Argumentaré entonces que es posible considerar esta circunstancia como un mal en concordancia con dichos principios, en tanto fines del ejercicio punitivo de la cuantía exacta de la pena.

2.2. Del respeto al principio de legalidad

El principio de legalidad, en tanto se enarbola como fundamento de la

⁶¹ GUASTINI, cit. (n. 58), p. 53. En este sentido, sostener –como lo hace RODRÍGUEZ– que los daños psicológicos que la víctima pudiera experimentar a consecuencia del delito sexual, sí forman parte de la estructura del tipo penal y no así otras consecuencias, no se justifica al tenor de los requisitos que el autor elabora en el texto. Siguiendo su propio argumento, los daños psicológicos no se encuentran descritos por el tipo penal, ni constituyen una potencialidad de ocurrencia que deba ser conocida por el imputado. Más bien parece que el autor les otorgara preeminencia a los efectos psicológicos por sobre los derechos reproductivos de las víctimas. Y ello constituye, creo, más una cuestión valorativa que una interpretación ajustada al principio de legalidad como límite al *ius puniendi* estatal.

⁶² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 19.617*, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, BCN, Santiago – Valparaíso, 2020, documento .pdf, 566 p., disponible en línea: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6584/HLD_6584_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf, consultada: 10 de febrero 2020.

⁶³ *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación a la Mujer* (CEDAW), 1979, art. 16.e.

seguridad jurídica –certeza de la ley penal–, constituye una garantía del individuo que le permite conocer el hecho sancionado penalmente y el marco posible de penalidad al cual se enfrenta en caso de ser sancionado. En concordancia con el sistema normativo del Estado constitucional que nos rige, es importante destacar que el principio demanda del juez ya no solo la sujeción a la letra de la ley sino “sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”.⁶⁴

Ahora bien, es necesario recordar que la regla que mandata la consideración al mal causado se remite al respectivo delito por el cual el sujeto ha sido condenado. Sostengo que el interés lesivo protegido por el legislador por medio de los bienes jurídicos libertad o indemnidad sexual, incluyen para las mujeres su derecho a la autodeterminación reproductiva. Si esto es así, restringir el embarazo como circunstancia lesiva por medio del principio de legalidad en tanto principio limitador del castigo estatal en este caso, lo que hace más bien es encubrir una posición que –como bien han puesto de manifiesto las teorías *ius* feministas–, considera a la autonomía sexual de un sujeto abstracto construido sobre el cuerpo del hombre, ignorando que dentro de las especiales características y atributos del cuerpo de la mujer se encuentra precisamente el poder de gestar.⁶⁵

2.3. *Del respeto al principio de subsidiariedad penal*

Considerando las consecuencias que de su uso se derivan para los ciudadanos, se arguye que el recurso al derecho penal debe reservarse solo para situaciones de extrema gravedad.⁶⁶ Así, el carácter subsidiario del castigo penal deriva de la premisa de que solo deberá procederse a su utilización en la medida que otros mecanismos de control social hayan fracasado o se reputen derechamente ineficaces.

En este sentido, el uso de circunstancias que pueden perseguirse por medio de otros mecanismos de control social (tales como la justicia civil para hacer frente a los daños morales sufridos por la víctima) deben quedar excluidos del razonamiento de determinación de la pena exacta. Dicho de otra forma, la determinación de una mayor pena sobre la base de sostener que el daño moral constituye una mayor extensión del mal causado con el delito importa vulnerar el

⁶⁴ Al respecto, FERRAJOLI, cit. (n. 21), pp. 15 y ss.

⁶⁵ Así, y entre otras: MACKINNON, cit. (n. 46), MACKINNON, cit. (n. 47), PITCH, cit. (n. 39), y en Chile, ZÚÑIGA, cit. (n. 40).

⁶⁶ En la doctrina nacional, ORTIZ, Luis; ARÉVALO, Javier, “Las consecuencias jurídicas del delito”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2013, pp. 70 y ss.; y en la comparada, en el mismo sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*, Civitas, Madrid, 2008, pp. 49 y ss.

principio de subsidiariedad penal, pues dichos daños constituyen unos que pueden sancionarse por la vía civil, por medio de una indemnización de perjuicios. De existir una vía alternativa de reparación de estos daños, de menor entidad para el individuo condenado, dicho elemento (el daño moral) no debería ser utilizado por el sentenciador como elemento del arbitrio judicial en la determinación de la pena exacta.

En el caso que me ocupa, sin embargo, lejos de las consideraciones del derecho de daños –propia del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual–, el embarazo de la mujer a consecuencia de su violación, constituye un mal que lesiona el bien jurídico protegido como antes se expuso.

2.4. *Del respeto al principio de culpabilidad*

El principio de culpabilidad en tanto límite al *ius puniendi* para un Estado democrático demanda que nadie pueda ser castigado por delitos ajenos; la exigencia de un derecho penal de actos y el principio de dolo o culpa, que implica que el hecho por el cual se castiga ha de ser querido por su autor o al menos imprudentemente cometido por él, excluyéndose de esta forma la responsabilidad objetiva del ámbito del castigo penal. Para los efectos de la determinación judicial de la cuantía exacta de la pena en los casos que propongo, estimo que el tercer aspecto del principio –aquel referido al dolo o culpa del autor– merece una especial atención.

Como es sabido, el principio tiene una importancia estructural en el derecho penal liberal. Su reconocimiento constitucional importa que, en tanto límite al *ius puniendi* estatal, este haya sido elevado a la categoría de principio constitucional con todas las consecuencias que de ello se derivan para la interpretación de las normas penales (y en el mismo sentido, para la determinación de la pena). Al formar parte del “acervo constitucional nacional”,⁶⁷ su carácter es el de obligatorio. Y siendo así, cabe concluir que una determinación de pena superior al mínimo del rango legal, fundada en circunstancias que no han sido previstas por el hechor, importa una infracción de los derechos fundamentales del condenado.

En el ámbito de la determinación de la cuantía de la sanción penal, la imputación de una mayor pena por medio de la mayor extensión del mal causado con el delito, vulneraría el principio de culpabilidad si dichos males no se encuentran cubiertos al menos, por la culpa del autor, al no haber sido estos siquiera posibles de conocer por el autor. Dicho de otro modo, la ausencia total de

⁶⁷ En este sentido, v. FERNÁNDEZ, José, “Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales”, *Revista Nuevo Foro Penal (Medellín)*, 2015, Vol. 11, N° 85, pp. 52-78, en línea: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nuefopnl85&div=6&id=&page=> (consultada: 10 de agosto 2022).

previsibilidad respecto de las circunstancias que se consideran como mal, impiden su consideración a efectos de aumentar la pena como una mayor extensión del mal causado, por tratarse de “casos fortuitos”.⁶⁸

Sin embargo y para el caso supuesto de agresiones de la índole que me ocupan, que se han producido de forma reiterada en el tiempo, cometidas por un cercano que ha presenciado el desarrollo sexual de la víctima y que no ha tomado medidas de anticoncepción, ¿no es posible sostener que el sujeto se ha representado el embarazo de la víctima y lo ha asumido como una consecuencia probable de su actuar? ¿Y no es posible replicar este argumento tratándose de quien accede carnalmente a su víctima sin las medidas de anticoncepción adecuadas, por todos conocidas?

2.5. *Un modelo de razonamiento argumentativo*

De existir buenas razones para estimar que el embarazo forzado a consecuencia de un delito de violación constituye una circunstancia de mal causado y atendido el deber de motivación que importa la obligación de todas las autoridades de fundar sus decisiones, una propuesta para el razonamiento judicial en esta materia se hace necesaria. Dicho de otra forma, se requiere establecer el camino que permitiría al sentenciador dar cuenta de los hitos que ha seguido para adoptar su decisión.

Lo anterior en tanto y como bien sostiene LIFANTE VIDAL:

“(P)ara dar cuenta de la actividad interpretativa en nuestros derechos constitucionalizados, en los que la protección de los derechos fundamentales y la dimensión argumentativa adquieren un especial protagonismo, debemos adoptar una concepción del Derecho (...) a la que podríamos denominar como postpositivismo constitucionalista (...). Para contestar a la pregunta a propósito de cómo interpretar el Derecho, deberemos entonces determinar en primer lugar cuál es el propósito de tal actividad (para qué interpretamos el Derecho) y en segundo lugar determinar en qué consisten los criterios que nos permitan evaluar dichas interpretaciones”.⁶⁹

La teoría de la argumentación, desarrollada por ATIENZA pretende dotar al

⁶⁸ Al respecto, v. SOLARI, Tito, “Versari in re illicita”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 1977, N° 1, pp. 245-265, disponible en línea: <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/14> (consultado: 10 de agosto de 2022).

⁶⁹ LIFANTE VIDAL, cit. (n. 59), pp. 207 y ss.

sentenciador de un método para fundamentar sus decisiones.⁷⁰ En ella se comprenden las diversas perspectivas que influyen en la actividad jurídica (formal, material y pragmática) junto con la presentación analítica del proceso argumentativo y sus elementos de corrección.

Lo primero que debe aclararse es que, para esta teoría, la argumentación no puede limitarse únicamente a la aplicación de las reglas de la lógica pues junto a ellas, en el razonamiento judicial media una perspectiva material que se funda en convicciones acerca de la verdad o falsedad de las premisas que serán aplicadas y una perspectiva pragmática. La primera de estas perspectivas obliga a otorgar razones o motivos acerca de la corrección de la premisa utilizada, que derivan del tipo de normas aplicables al caso particular. La perspectiva pragmática a su vez tiene en el caso de las sentencias penales la no menor relevancia de concretar el fin del derecho penal: el control social. Por lo anterior, los argumentos retóricos y dialécticos (eficientes para convencernos y adecuados a las reglas de un procedimiento por definición contradictorio) no pueden restarse del proceso argumentativo judicial.

Luego; el razonamiento judicial que nos ocupa debería seguir los siguientes pasos:

En primer lugar, deberá identificarse el problema a resolver. Esto es identificar los problemas de la norma aplicable al caso; sus posibles interpretaciones; dar por probados (o no) los hechos que sustentan el caso y su calificación como supuesto de aplicación de la norma que se pretende.

Luego deberá determinarse si el tipo de información es suficiente para la resolución del caso o no (obsérvese que el procedimiento penal no solo excluye la posibilidad de argumentos analógicos *in malam partem*, sino además limita las fuentes de información a las que puede acceder el juez atendido su carácter acusatorio y restringe la aplicación de los argumentos *ad absurdum* a consecuencia del principio *in dubio pro reo*).

A continuación, deberán construirse las premisas que permitan una hipótesis de solución del caso; y justificar la hipótesis de solución, por medio de argumentos destinados a presentar su validez. Finalmente, deberá darse cuenta de la conclusión que se obtiene de la nueva premisa así obtenida o, en otras palabras, la solución del caso.⁷¹

El razonamiento argumentativo así estructurado deberá aun, sin embargo,

⁷⁰ Es importante señalar que la teoría de la argumentación desarrollada por ATIENZA, pretende no solo abarcar el plano de las decisiones o actividad judicial, sino también aquellas que realiza el legislador y la dogmática. Al respecto, ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003, pp. 203 y ss.

⁷¹ ATIENZA, cit. (n. 70), pp. 203 y ss.

someterse a criterios de corrección, los que incorporan a la teoría contenidos de orden políticos y morales.⁷²

Pero aún más: la decisión judicial deberá en último término dar cuenta de una noción de razonabilidad, entendida como aquella que: “teniendo en cuenta todos los elementos de la situación, logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas y que resulta además aceptable”.⁷³

El método expuesto, nos permite avanzar en una propuesta crítica respecto de la forma en que el juez deberá enfrentarse al ejercicio del arbitrio judicial de la pena en la materia que nos ocupa.

Así, si la norma en cuestión se considerara aplicable para el caso de una violación a consecuencia de la cual la víctima haya resultado embarazada, el razonamiento de la determinación de la pena debería hacerse cargo de los límites que imponen los principios limitadores del *ius puniendi* estatal y especialmente dar cuenta de aquellos elementos de prueba que en el caso, le han llevado a descartar la infracción de los principios de legalidad, subsidiariedad y culpabilidad.⁷⁴ Debe agregarse que el juez ha de contar con la información necesaria para estimar acreditado que el imputado se ha representado la posibilidad –en nuestro caso– de embarazar a la víctima y que ha aceptado dicha posibilidad como posible.

Siguiendo el esquema argumentativo de ATIENZA, y para los casos que analizo, el juez deberá considerar la existencia de interpretaciones divergentes acerca del mal causado con el delito, de forma de configurar diversas hipótesis de solución, dando cuenta de las premisas que componen cada una de ellas y su justificación.

Para la configuración de cada una de las premisas, deberá considerar que el sistema normativo se compone de reglas y principios. Su coexistencia presenta la problemática de resolver casos mediante métodos diversos (subsunción y ponderación) y, en particular, presenta el desafío para el juez de ejercer su poder discrecional ponderando los principios que convergen en el caso particular, mediante una decisión racional acerca de la cuantía exacta de la pena que individualiza y su forma de cumplimiento.

Creo haber dado argumentos pertinentes para sustentar la solución del caso particular mediante la consideración del embarazo como una circunstancia que permite imponer una mayor cuantía de pena, dentro del marco específico de penalidad que el caso permita. Sin embargo, resta aun considerar que el

⁷² ATIENZA, cit. (n. 70), pp. 216. Aquí se incluyen los criterios de universalidad, coherencia, adecuación a las consecuencias, la moral social y la moral justificada. En tal sentido, véase ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2016, pp. 547 y ss.

⁷³ ATIENZA, cit. (n. 72), pp. 564.

⁷⁴ Creo haber entregado argumentos al respecto en el acápite anterior, sin embargo, es indudable que para este ejercicio el juez deberá ajustarse a las circunstancias particulares del caso que examina.

sentenciador deberá verificar la corrección del razonamiento realizado, sobre la base de los criterios que incluyen entre otros el de la universalidad, la coherencia y la adecuación a las consecuencias.

En este punto hay que resaltar la importancia de aquellos principios “que subyacen al reconocimiento de los derechos humanos (...) pues ellos sirven para esclarecer y revisar los fundamentos primarios de nuestra concepción de moralidad social”.⁷⁵ Y en este sentido es que resultará pertinente que el juez de cuenta de los motivos que le llevan a considerar la vida humana dependiente como un mal o no, ponderando para ello los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la mujer.⁷⁶

Los derechos derivados de la dignidad e igualdad de la mujer, y su libertad reproductiva han de cobrar relevancia en la fijación de la cuantía penal, cuando han sido vulnerados en su calidad de víctima. El bien jurídico protegido, en tanto fundamenta la gravedad de la pena, debe permitir el reconocimiento de los derechos de las mujeres, desde una perspectiva que satisfaga el sistema normativo que nos rige. El uso que los tribunales realizan respecto de la discrecionalidad de la determinación de la pena debe interesarse en reconocer el contexto social y político involucrado en el proceso del castigo, porque por su intermedio los jueces desarrollan el Derecho de un sistema con aspiraciones de coherencia. De esta forma, y considerando que el embarazo a consecuencia del delito de violación, constituye una vulneración al bien jurídico protegido por el delito de violación (tanto aquel previsto en el artículo 361 como en el artículo 362 del CP), existen buenas razones para sostener que es posible comprenderlo como una circunstancia relevante al momento de establecer la cuantía exacta de la pena para dichos delitos.

⁷⁵ NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Penal*, GEDISA, Buenos Aires, 2008, pp. 25 y ss.

⁷⁶ Lo anterior, puesto que la decisión sobre considerar o no un mal la vida humana dependiente no deseada, consiste en una decisión de contenido axiológico. Para su resolución el juez deberá recurrir a los valores liberales que definen nuestra sociedad, aun cuando es indudable que es la Teoría feminista la que enriquece la argumentación liberal en este punto, en especial en cuanto al valor de la autonomía, pues como bien indica ZÚÑIGA: “Para el feminismo, el reconocimiento de la autonomía moral de las mujeres implica la afirmación del valor intrínseco de las opciones que estas realizan libremente y, específicamente, de la opción de ser madres (incluido el momento y las condiciones en que eso se materializa) como de la decisión de no serlo”. Al respecto, ver ZÚÑIGA, cit. (n. 40).

III. CONCLUSIONES

La circunstancia del “mal producido por el delito” referida en el artículo 69 del Código Penal y su relevancia para la determinación de la cuantía exacta de la pena, ha sido objeto de controversia en la dogmática penal chilena. Su interpretación, lejos de pacífica, parece sin embargo no haber considerado su aspecto valorativo, y en especial la relación que existe entre su contenido axiológico y los derechos de una clase específica de víctimas de ciertos delitos, como serían los derechos reproductivos de las mujeres víctimas de violación.

Las facultades discrecionales que en un Estado constitucional de derecho han sido entregadas al sentenciador para la individualización de la pena exacta, parecen demandar una respuesta judicial coherente del sistema normativo; que desarrolle y conecte no solo las reglas legales entregadas para el caso, sino también la integración de los valores, derechos y principios consagrados en el ordenamiento jurídico vigente, incluyendo aquellos previstos en los tratados internacionales.

De esta forma, si la actividad judicial ha de ejercerse con la finalidad de promover fines valiosos, integrando argumentos en tal sentido –de forma que siempre podamos calificar (democráticamente) dicho razonamiento–, una concepción argumentativa de la interpretación y del ejercicio del arbitrio judicial de la pena permite dar cuenta de las buenas razones que existen para estimar que el embarazo a consecuencia del delito de violación constituye un mal que se encuentra comprendido en la regla prevista por el enunciado normativo previsto en el artículo 69 del Código Penal a fin de individualizar la cuantía exacta de la pena.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

ALEXY, Robert, “Derecho injusto, Retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000, N° 23, pp. 197-230, disponible en línea: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.08>.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2003.

ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2016.

ATIENZA, Manuel, *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid, 2022.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 19.617*, modifica el CP, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, BCN, Santiago – Valparaíso, 2020, documento .pdf, 566 p., disponible en línea: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6584/HLD_6584_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf, consultada: 10 de febrero 2020.

CÁRDENAS, Claudia, “La mujer y las consideraciones de género en el derecho penal internacional y en la justicia penal internacional”, en: ANTONY, C.; VILLEGAS, M. (Eds.), *Criminología feminista*, Eds. LOM, Santiago, 2021.

COUSO, Jaime, “El sistema de determinación de penas en el Derecho Chileno”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dirs), *Código Penal Comentado, Libro I. (Arts. 1º a 105). Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot - Legal Publishing Chile, Santiago, 2011 pp. 510 ss.

CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, T. II.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, T. II.

FERNÁNDEZ, José, “Principlismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales”, *Revista Nuevo Foro Penal (Medellín)*, 2015, Vol. 11, N° 85, pp. 52-78, disponible en línea: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nuefopnl85&div=6&id=&page=> (consultada: 10 de agosto 2022).

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2018.

GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, T. I.

GARRIDO, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2010, 4ª ed., T. III.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y Argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

GUASTINI, Riccardo, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, *Discusiones*, 2012, Vol. XI, pp. 27-57, disponible en línea: <https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2537> (consultado: 10 de febrero 2020).

GUERRA, Rodrigo, “Determinación de la pena exacta. Algunas consideraciones acerca de la mayor o menor extensión del mal”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 2016, Vol. 22, pp. 1-18, disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5837313>, consultado: 10 de febrero 2021.

GUZMÁN, José L., “Evaluación y racionalización de la reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, 2016, N° 68, pp. 105-136, disponible en línea: <https://revistas.uv.cl/index.php/rcs/article/view/481> (consultado: 07 de agosto 2022).

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1982 (1960).

LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1990, T. I.

LÓPEZ, Hernán; PÉREZ, Alejandra, *Manual de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Academia Judicial Chilena*, Material Docente N° 3, Academia Judicial, Santiago, 2020, en línea: [https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20\(1\).pdf](https://intranet.academiajudicial.cl/Imagenes/Temp/01_Derechos%20sexuales_SIN%20ISBN_Pub3%20(1).pdf) (consultada: 16 de agosto 2022).

LIFANTE, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2002, N° 25, pp. 413-439, disponible en línea: <http://hdl.handle.net/10045/10148>, consultado: 10 de febrero 2020.

LIFANTE VIDAL, Isabel, *Argumentación e interpretación Jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

MACKINNON, Catharine, *Feminismo inmodificado, Discursos sobre la vida y el derecho*, Ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.

MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, *Informes en Derecho (DPP)*, 2009, N° 7, pp. 41-67, disponible en línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/3767-2.pdf> (consultado: 10 de febrero de 2020).

MAÑALICH, Juan Pablo, “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Ius et Praxis*, 2014, Vol. 20, n° 2, pp. 21-70, disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200002 (consultado: 07 de agosto 2022).

MATUS, Jean Pierre; VAN WEEZEL, Alex, “De la aplicación de las penas”, en MATUS, J.P. (Coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 2ª edición.

NASH, Claudio, “El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de *Almonacid Arellano vs. Chile*”, en HENRÍQUEZ, M.; MORALES, M. (Coords.), *Control de convencionalidad en Chile. Bases normativas, jurisprudencia y críticas*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2019.

NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Penal*, GEDISA, Buenos Aires, 2008.

NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Tomo II.

OLIVER, Guillermo, “Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno”, *Política Criminal*, 2016, Vol. 11, N° 22, pp. 766-793, disponible en línea: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992016000200013&lng=es&nrm=iso&tlng=es (consultada: 10 de febrero de 2020).

ORTIZ, Luis; ARÉVALO, Javier, “Las consecuencias jurídicas del delito”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2013.

PITCH, Tamar, *Un derecho para dos, La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003.

RIEGO, Cristián, “La expansión de las facultades de la víctima en la Reforma Procesal Penal y con posterioridad a ella”, *Política Criminal*, 2014, Vol. 9, n° 18, pp. 668-690, en línea: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200011> (consultada: 7 de agosto 2022).

RODRÍGUEZ, Luis, *Delitos sexuales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, 1ª ed.

RODRÍGUEZ, Luis, “La noción de ‘mal producido por el delito’ en el ámbito de la criminalidad sexual”, en: VAN WEEZEL, A. (Editor), *Humanizar y Renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*, Civitas, Madrid, 2008.

SOLARI, Tito, “Versari in re illicita”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 1977, N° 1, pp. 245-265, disponible en línea: <http://rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/14> (consultado: 10 de agosto de 2022).

ZÚÑIGA, Yanira, “Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista”, *Ius et Praxis*, 2013, Vol. 19, N° 1, pp. 255-300, en línea: <http://>

dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000100008, (consultada: 7 de agosto 2022).

b) Legislación

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978

Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 1981.

III Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, 1994.

IV Conferencia de la Mujer de Beijing, 1995

Ley N° 19.617, Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal Y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, 1999.

Ley N° 19.828, Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2002.

Ley N° 20.084, Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, 2005.

Ley N° 20.422, Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, 2010.

Ley N° 21.030, Regula la despenalización de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Tres Causales, 2017.

Ley N° 21.483, Modifica el Código Penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas que indica, 2022.

c) Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Chile, 29 de enero de 2021, Rol 8792-20.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre 2006, caso *Penal Miguel Castro Castro vs Perú*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de noviembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.