

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

PROPUESTA DE REGULACIÓN
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ
Santiago, 12 de julio de 2013

I. ARTICULADO

Título X Delitos contra la libertad sexual

§ 1. Agresión sexual

Art. A. *Agresión sexual*. El que mediante violencia o amenaza grave constriñere a una persona mayor de doce años a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo, será sancionado con prisión de 1 a 5 años.

La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se constriña a tolerar sea la penetración no genital del ano o la vagina de la víctima.

Art. B. *Violación mediante agresión*. La pena será prisión de 5 a 10 años cuando la acción sexual que se constriña a tolerar mediante violencia o amenaza grave sea la penetración genital de la boca, el ano o la vagina de la víctima.

§ 2. Abuso sexual

Art. C. *Abuso sexual*. Será sancionado con reclusión y/o multa o prisión de 1 a 3 años que indujere a una persona mayor de doce años a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo, o realizare una acción sexual sobre el cuerpo de esa persona, concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias:

- 1ª abusando de la enajenación o trastorno mental de la víctima;
- 2ª aprovechándose de la privación de sentido de la víctima;
- 3ª aprovechándose de la incapacidad de la víctima para oponerse;
- 4ª aprovechándose de la inadvertencia de la víctima;
- 5ª abusando de la dependencia de la víctima que se encuentra legítimamente privada de libertad o internada en un establecimiento terapéutico, y a su cargo;
- 6ª abusando de las facultades que la ley le confiere en razón de su función o cargo para realizar u ordenar o impedir la realización de un acto contrario a los intereses de la víctima o de una persona a ella cercana.

Art. D. *Abuso sexual grave*. La pena por la comisión del delito previsto en el artículo anterior será de prisión de 1 a 5 años cuando la acción sexual que se induce a la víctima a tolerar o se realiza sobre la víctima sea la penetración no genital de su ano o su vagina.

Art. E. *Violación mediante abuso*. La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se induzca a tolerar o se realice, en las circunstancias previstas en el artículo C, sea la penetración genital del ano o la vagina de la víctima.

§ 3. Atentados sexuales contra menores de edad

Art. F. *Abuso sexual de menor púber*. Será sancionado con reclusión y/o multa o prisión de 1 a 3 años el que indujere a una persona menor de edad pero mayor de doce años a realizar una acción sexual con su cuerpo o a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo, concurriendo las siguientes circunstancias:

1ª abusando de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno;

2ª abusando de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral;

3ª abusando del grave desamparo en que se encuentra la víctima;

4ª abusando de la inexperiencia sexual de la víctima;

5ª empleando amenaza menos grave.

Art. G. *Abuso sexual grave de menor púber*. La pena por la comisión del delito previsto en el artículo anterior será de prisión de 1 a 5 años cuando la acción sexual que se induce al menor a tolerar sea la penetración no genital de su ano o su vagina.

Art. H. *Estupro*. La pena será de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se induce a tolerar en las circunstancias previstas en el artículo F sea la penetración genital de la boca, el ano o la vagina del menor.

Art. I. *Abuso sexual y violación de menor impúber*. El que indujere a un menor de doce años a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo, o realizare una acción sexual sobre el cuerpo del menor, será sancionado con prisión de 1 a 5 años.

Si la acción sexual que se induce a tolerar al menor o que se realiza sobre él consistiere en la penetración no genital de su ano o vagina, la pena será de prisión de 3 a 7 años.

Si la acción sexual que se induce a tolerar al menor o que se realiza sobre él consistiere en la penetración genital de su boca, ano o vagina, la pena será de prisión de 5 a 10 años.

Art. J. *Interacción sexual con impúber*. El que, presencialmente o a través de medios de telecomunicación, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de doce año, la indujere a ver acciones de significación sexual realizadas por otro, a ver o escuchar material pornográfico, o a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será sancionado con prisión de reclusión y/o multa prisión de 1 a 3 años.

Art. K. *Agravante*. Si con motivo u ocasión de la comisión de los delitos previstos en los artículos I o J se maltratare de obra al menor o se lo pusiere en serio peligro de muerte o de grave daño para su salud, el tribunal estimará el hecho como una agravante calificada.

Tratándose de los delitos previstos en los incisos primero y segundo del artículo I, y en el artículo J, el tribunal podrá estimar el hecho como una agravante muy calificada.

§ 4. Reglas especiales

Art. L. *Definición de acción sexual.* Para los efectos de los tres párrafos anteriores se entenderá por acción sexual cualquier comportamiento de significación sexual y de relevancia, que además:

1° importe contacto corporal con otro ser humano o animal no humano, vivo o muerto, o que recaiga en los genitales o el ano de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal del antedicho, si se trata de la acción sexual a cuya tolerancia o realización la víctima es constreñida o inducida;

2° importe contacto corporal con la víctima o que recaiga en sus genitales o ano, aun cuando no hubiere contacto corporal del antedicho, si se trata la acción realizada por el autor del delito sobre el cuerpo de la víctima.

Art. M. *Tentativa.* La tentativa de los simples delitos previstos en este título es punible.

La conspiración y la proposición para cometer los simples delitos previstos en los artículos I inciso primero y J son punibles.

Art. N. *Agravantes.* Si el interviniente en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este título fuere funcionario público, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, el tribunal:

1° estimará el hecho como una agravante calificada, si se interviniere como autor;

2° sancionará a quien interviniere como inductor o cómplice con la misma establecida para el autor.

Exceptúanse de lo dispuesto en el número 1° del inciso anterior los casos en que el delito se cometiere del modo previsto en la circunstancia 5ª del artículo C o en la circunstancia 2ª del artículo F.

Fuera de los casos de artículos B, E, H e I inciso final, si con ocasión de la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este título contra una mujer se la inseminare o se causare su embarazo, el tribunal se estará a lo dispuesto en el artículo W [embarazo no consentido]. Del mismo modo procederá si con ocasión de la comisión de los delitos previstos en los artículos E o H se causare el embarazo de la víctima. Si con ocasión de la comisión de los delitos previstos en los artículos B e I inciso final se causare el embarazo de la víctima, el tribunal apreciará el hecho como una agravante calificada.

Art. Ñ. *Muerte y lesiones de la víctima.* Si con ocasión de la comisión de los delitos previstos en los artículos A, B, C N° 5, I o J se matare a la víctima, o si con motivo u ocasión de su comisión se le irrogare lesiones gravísimas, el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada para determinar la pena correspondiente a los delitos de homicidio o lesiones.

La pena a que se refiere y ordena agravar en inciso anterior se impondrá también si con ocasión de la comisión de los delitos previstos en los artículos A, B, C N° 5, I o J se causare la muerte o lesiones gravísimas a la víctima, y ello fuere imputable a imprudencia temeraria del responsable. Si la muerte o las lesiones gravísimas causadas a la víctima fuere imputables a simple imprudencia del responsable, el tribunal estimará el hecho como una agravante muy calificada de la pena que corresponda imponer conforme a las reglas generales.

En lo demás, para la aplicación de las penas antedichas junto con las penas establecidas en este título se estará a lo dispuesto en el artículo K y el artículo [concurso].

Art. O. *Perdón del cónyuge o conviviente* Tratándose de los delitos previstos en los párrafos 2 y 3 del presente título, con exclusión de los casos previstos en los artículos K y Ñ, el perdón del o de la cónyuge o conviviente que fue víctima del delito en cuya comisión intervino quien mantiene vida en común con él o ella extingue la responsabilidad penal de éste.

Tratándose de los delitos previstos en el párrafo 1 del presente título, de los casos previstos en el artículo K, o de los casos de irrogación de lesiones gravísimas imputables a simple imprudencia previstos en el inciso segundo del artículo Ñ, el perdón del ofendido podrá ser estimado por el tribunal como una atenuante muy calificada.

El perdón deberá ser expresado ante el tribunal competente para el juicio o el control de la investigación o de la ejecución de la pena, en audiencia especialmente destinada a ese efecto.

Art. P. *Prescripción de la acción penal*. El plazo para la prescripción de la acción penal por los delitos previstos en este título cometidos contra menores de edad no comenzará a correr mientras el menor no cumpla 18 años.

Normas adecuatorias

Art. X. Introdúcese la siguiente nueva letra a) en el inciso segundo del artículo 54 del Código Procesal Penal, pasando las restantes letras a ser las letras b) y siguientes, sucesivamente:

“a) los delitos previstos en el Título X del Libro Segundo del Código Penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo precedente;”

Art. Y. Sustitúyese el artículo 4° de la Ley 20.084 por el siguiente:

“Art. 4°. *Exención de pena por delitos sexuales*. Los adolescentes se encuentran exentos de pena por los delitos previstos en los artículos F, G y H del Código Penal, todos en relación con la circunstancia 4ª del artículo F, siempre que no hubieren tenido al momento del hecho una edad superior en cuatro años a la edad de la víctima.”

II. FUNDAMENTACIÓN GENERAL

Conforme a la organización del calendario de trabajo de la comisión, la propuesta regulativa de los delitos contra la libertad sexual sólo se refiere a los delitos de abuso, dejando la regulación de la explotación sexual, la pornografía y el exhibicionismo a cargo de otra propuesta.

La principal característica de la propuesta es su continuidad con la regulación del Código Penal chileno actualmente vigente, cuya estructura sistemática fue explicitada por la Ley 19.617. Esta continuidad se expresa en los siguientes rasgos principales:

- (i) se distingue entre los delitos consistentes en la realización de una acción sexual genérica y el delito de violación, consistente en la penetración genital de la boca, el ano o la vagina de la víctima;
- (ii) se distingue entre el régimen general, aplicable a toda clase de víctimas que no sean impúberes, y el régimen especial aplicable a los menores;
- (iii) tratándose de víctimas menores de edad, se distingue entre los impúberes, que tienen un régimen de protección especial único, y los menores púberes, que quedan protegidos por el régimen general y además por un régimen especial;
- (iv) para todos los casos, salvo los atentados contra impúberes, la punibilidad requiere el empleo de un medio comisivo especificado o la concurrencia de una determinada circunstancia.

Esta continuidad distingue la propuesta de la regulación del Anteproyecto del Foro de 2005, que pese a sus amplias coincidencias lingüísticas con la redacción del Código Penal alteró su estructura sistemática extendiendo los modos de abuso propios de la protección de menores púberes a cualquier clase de víctima (Arts. 100, 101 inciso segundo) y estableciendo una hipótesis residual de abuso comprensiva de cualquier clase de acción sexual sin medios o circunstancias comisivos especificados (Art. 101 inciso primero). La alteración de la estructura sistemática conduce en el Anteproyecto del Foro a la imposición al acceso carnal sin la voluntad de la víctima mayor de 12 años, pero sin que concurren los medios comisivos de la violación (Art. 98) o el estupro (Art. 100), de una pena inferior a la aplicable en caso de introducción de objetos en su vagina o ano.

La continuidad de la propuesta con el Código Penal permite identificar coincidencias directas entre casi todas las disposiciones de la propuesta y las actuales disposiciones del Código Penal, como lo muestra la siguiente tabla

Propuesta	Código Penal
Art. A N° 1	Art. 365 bis N° 1 /Art. 361 N° 1
Art. A N° 2	Art. 366 inciso primero/Art. 361 N° 1
Art. B	Art. 361 N° 1
Art. C N° 1	Art. 366 inciso primero/Art. 361 N°3
Art. C N° 2	Art. 366 inciso primero/Art. 361 N°2
Art. C N° 3	Art. 366 inciso primero/Art. 361 N°2
Art. C N° 4	---
Art. C N° 5	(Art. 297)
Art. C N° 6	(Arts. 238, 239, 297)
Art. D	Art. 365 bis N° 1/Art. 361 N° 2 y 3
Art. E	Art. 361 N° 2 y 3
Art. F N° 1	Art. 366 inciso segundo/Art. 363 N° 1
Art. F N° 2	Art. 366 inciso segundo/Art. 363 N° 2

Art. F N° 3	Art. 366 inciso segundo/Art. 363 N° 3
Art. F N° 4	Art. 366 inciso segundo/Art. 363 N° 4
Art. F N° 5	(Art. 296 N° 1, 297)
Art. G	Art. 365 bis N° 3
Art. H	Art. 363
Art. I inciso primero	Art. 366 bis
Art. I inciso segundo	Art. 365 bis N° 2
Art. I inciso tercero	Art. 362
Art. J	Art. 366 quater incisos primero y segundo
Art. K	---
Art. Ñ inciso primero	Art. 372 bis
Art. Ñ inciso segundo primera oración	---
Art. Ñ inciso segundo segunda oración	---

Tal como la tabla lo demuestra, la propuesta consagra algunas hipótesis típicas nuevas, consistentes en agravaciones (Art. K) o modos comisivos de los delitos de abuso sexual (Art. D N° 4 y 5) o estupro y abuso sexual de menor impúber (Art. G N° 5). También la calificación por la comisión de homicidio o lesiones (Art. Ñ) abarca más supuestos. En ese sentido, el ámbito de atentados sexuales y sus agravaciones cubierto por la propuesta es más extenso que el ámbito cubierto por las actuales disposiciones del Código Penal.

Existe, sin embargo, un número reducido de hipótesis típicas entre las actuales disposiciones del Código Penal que no son mantenidas por la propuesta. Tales son:

(i) La idea regulativa de la “afectación de la boca” como caso de acción sexual sin contacto corporal con la víctima (Art. 366 ter CP) y su principal aplicación, la hipótesis de penetración de la boca mediante un objeto (Art. 365 bis CP) son descartadas por la propuesta¹. Esta idea es un error del legislador chileno. De la configuración de la boca como cavidad corporal cuya penetración constituye violación el legislador dedujo su igual relevancia como objeto de afectación sin contacto corporal u objeto de penetración no genital. No reparó, sin embargo, que en el caso de la violación la significación sexual de la penetración de la boca está asegurada por el hecho de que se trata de una penetración genital. Esa significación es compartida por la vagina como objeto de penetración y por los genitales como objeto de afectación, y puede extenderse también de modo no problemático a la penetración o afectación del ano. Pero las acciones de “penetración” o “afectación” de la boca con objetos son tantas y tan variadas, todos los días, que carece de sentido atribuirle sin más significación sexual o atribuirle la misma gravedad. Fuera de los casos de penetración genital, la incidencia del ataque sobre la boca debe quedar sometida a las reglas generales de apreciación de su significación sexual (exigiéndose contacto corporal) y de su gravedad (subsumiéndosela en el tipo de los abusos sexuales).

(ii) La hipótesis de interacción de significación sexual (“abuso sexual impropio”) con menores púberes (Art. 366 quater inciso tercero) es descartada por la propuesta, con cargo a la regulación de los delitos contra la libertad². Esta idea es otro error del legislador chileno. La

¹ En esto hay coincidencia con el Anteproyecto del Foro de 2005 (“AF-2005”): Art. 101.

² En esto hay discrepancia con el AF-2005: Art. 105.

hipótesis de la interacción de significación sexual rebasa el umbral de la relevancia jurídico-penal fijado por la definición de la acción sexual (Art. 366 bis CP, Art. M de la propuesta). El rebasamiento consiste en que se hace típicas acciones de significación sexual que no son acciones sexuales, porque no hay contacto corporal o no hay incidencia en los genitales o el ano. Ese rebasamiento sólo se justifica tratándose de impúberes. La razón de ello se encuentra en que las reglas generales que protegen frente a interacciones no consentidas –el delito de coacción- son por su naturaleza crecientemente inidóneas mientras menor sea la edad de la víctima. De aquí que tratándose de víctimas cuyo consentimiento es en principio irrelevante – los impúberes- sea necesaria una protección penal especial, complementaria de la protección penal contra acciones sexuales. Tratándose en cambio de víctimas cuyo consentimiento es relevante –las personas mayores de doce (en la propuesta) o catorce (en el CP) años-, la protección frente a una interacción no consentida se encuentra suficientemente dispensada por las normas que sancionan los delitos contra la libertad. La nueva regulación del delito de coacción sugerida para el Anteproyecto permite entregar a sus normas la protección de la libertad personal de los menores púberes.

(iii) La hipótesis de penetración genital de un hombre menor de dieciocho pero mayor de catorce años (Art. 365 CP) es eliminada por la propuesta³. Esta hipótesis es el remanente del antiguo delito de sodomía tipificado por el Art. 365 CP 1874, después de las modificaciones introducidas por la Ley 19.617. La regla, que no puede ser legítimamente interpretada como una abierta discriminación por razón de orientación sexual, se basa en la suposición, encubiertamente discriminatoria, de que la penetración genital del menor de edad es intrínsecamente portadora de un daño o peligro para su autodeterminación sexual. Aparte de que esa suposición es incompatible con el principio de igualdad ante la ley, la previsión de la figura es funcional al encubrimiento de prácticas deficientes de prosecución penal, que traten casos de abuso subsumibles en el estupro o la violación como sodomía para eludir las dificultades de la prueba requerida para la condena. La supresión de esta hipótesis y el establecimiento de una regulación de los delitos contra la libertad sexual que no conoce discriminaciones por razón de género u orientación sexual pone a la PACP en línea con la regulación de los sistemas jurídicos europeos que conocieron la evolución desde la prohibición de la sodomía hasta la plena igualdad sexual: Inglaterra, Alemania y Austria.

Aparte de estas diferencias puntuales, la propuesta introduce tres innovaciones importantes, de carácter conceptual y alcance general, en relación con la regulación tradicional del CP.

En primer lugar, la propuesta se desentiende de la descripción típica heredada del siglo xix (a su vez heredada de la tradición medieval), conforme a la cual el autor paradigmático del delito es la persona que realiza una acción sexual. En su lugar, tratándose de víctimas con capacidad de agencia abuso, la propuesta tipifica el comportamiento punible como la acción de constreñir o inducir a la víctima a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo. Tratándose del delito de violación, la descripción se reduce al constreñimiento o inducción a tolerar la penetración genital de la boca, la vagina o el ano. En el caso de víctimas eventualmente incapaces de agencia (Arts. C, D, E, I y J), la propuesta mantiene como descripción alternativa del comportamiento típico la realización de una acción sexual por el autor del delito. Esta técnica de tipificación es más consistente con la consideración de la libertad sexual de la víctima como bien jurídico protegido y elimina de raíz

³ En esto hay coincidencia con el AF-2005.

todas las dificultades asociadas a la consideración de los abusos sexuales como delitos de propia mano⁴.

En segundo lugar, la propuesta introduce una diferenciación en la penalidad de algunas hipótesis que en el Código Penal siempre han sido consideradas como alternativas de un mismo delito, y en esa calidad, sometidas a una misma pena, ya sea de violación o de abusos sexuales (antes, abusos deshonestos). Siguiendo al Código Penal español, la propuesta distingue al abuso sexual y la violación cometidos mediante coacción violenta o gravemente conminatoria, que denomina “agresión sexual” y “violación mediante agresión” (párrafo 1), del abuso sexual y la violación cometidos mediante abuso o aprovechamiento de condiciones de incapacidad de la víctima o circunstancias que hacen posible realizar acciones sexuales con ella sin su voluntad, a los que los denomina “abuso sexual” y “violación mediante abuso” (párrafo 2)⁵. La diferencia de penalidades entre uno y otro grupo es idéntica a la diferencia de penalidades entre el primer grupo y los delitos especiales relativos a los menores púberes. Con esta diferenciación, la propuesta busca hacer visible la gravedad particularmente intensa del ejercicio de violencia física actual o inminente sobre la víctima de un atentado sexual. Esa mayor gravedad se complementa con el régimen de calificación de la agresión sexual por la irrogación de lesiones gravísimas o la muerte a la víctima, establecida en el artículo Ñ de la propuesta.

En tercer lugar, la propuesta restablece la edad de 12 años como criterio para distinguir a los menores impúberes de los menores púberes⁶. Este fue el único criterio del Código Penal entre 1874 y 1972. Entre 1972 y 2004 el Código Penal reconoció además la edad de 14 años como criterio para distinguir entre hombres impúberes y púberes en el contexto específico del delito de sodomía, aunque siguió aplicando el criterio de los 12 años también para los hombres en el contexto genérico del delito de abusos deshonestos. Con la entrada en vigencia de la Ley 19.927 en 2004, el criterio se elevó de los 12 a los 14 años, para hombres y mujeres por igual. Esta decisión es errónea. El desarrollo de la sexualidad de los adolescentes en el siglo xxi no se ha retardado respecto de los adolescentes del siglo xix; por el contrario, si algo ha sucedido en este campo, es que ese desarrollo se ha anticipado. Cuando el legislador eleva la edad que sirve de criterio para distinguir entre impúberes y púberes cree con ello estar protegiendo de mejor modo el interés de los adolescentes. Lo que hace es precisamente lo contrario: al infantilizarlos y declararlos sexualmente intocables la ley desconoce radicalmente el interés que esos adolescentes tienen en comenzar el desarrollo de su sexualidad mediante experiencias de significación sexual. Conforme a la Ley 19.927 el beso o la caricia a una persona de 12 o 13 años de edad debe ser sancionado con presidio de 3 años y 1 día a 10 años y el coito con ella, consentido, con hasta 20 años de presidio.

No cabe duda que el desarrollo de la sexualidad adolescente es un proceso paulatino, por lo que puede ser perturbado tempranamente mediante acciones que realizadas más tarde, con la adquisición de experiencia y discernimiento sexual, serían inocuas. Pero la protección del desarrollo progresivo de la sexualidad juvenil no se logra con la prohibición absoluta del

⁴ En esto hay discrepancia con el AF-2005, que utiliza fórmulas sustantivas y no verbales (“el acceso carnal”) y fórmulas verbales (“realizar cualquier acto de significación sexual y relevancia”) referidas al comportamiento del autor del delito.

⁵ En esto hay parcialmente discrepancia con el AF.2005, que aplica la misma pena a todos los medios comisivos de la violación tradicional (Art. 98, 101 inciso segundo), y parcialmente coincidencia, en tanto establece una hipótesis de abuso aplicable a mayores de 12 años con una penalidad menor (Art. 101 inciso primero).

⁶ En esto hay coincidencia con el AF-2005: Arts. 99, 103 y 104.

contacto sexual, porque ese desarrollo no se obtiene al margen de la experiencia sexual. Esa protección se logra con una adecuada regulación relativa a los posibles modos de abuso de menores púberes. La sanción penal del abuso de la inexperiencia o la ignorancia sexual del menor (Art. F N° 4 y Arts. G y H, en concordancia) es la manera correcta de proteger las etapas tempranas del desarrollo de la sexualidad juvenil.

Finalmente, la propuesta disminuye todos los marcos penales establecidos por las actuales disposiciones del Código Penal⁷. En parte, esta disminución obedece a un correctivo de elemental decencia política de los excesos en que incurrió la Ley 19.927. Por esta razón, el aspecto donde la disminución es mayor corresponde al mayor exceso de la Ley 19.927: la equiparación de la pena de la penetración de la vagina, ano o boca mediante objetos (Art. 365 bis) a la pena de la violación o el estupro (Arts. 361, 362, 363). En parte, también, ella se explica en virtud de la nueva regulación de la determinación judicial de la pena, conforme a la cual no es necesario un mínimo legal elevado para asegurar una sentencia condenatoria significativa.

No debe perderse de vista, en todo caso, el efecto de las agravantes especiales que contempla la propuesta y que no existen en el Código Penal: la del Art. K, aplicable a los atentados contra menores impúberes, para el caso de maltrato o puesta en peligro, y la del Art. N inciso tercero, aplicable a todos los delitos del título, conforme a las cuales el hecho de causar el embarazo de la mujer o ponerla en riesgo de un embarazo excluyen la mitad inferior de la pena o incluso puede llegar a exasperarla.

Propuesta de regulación		Código Penal	
Delito	Pena	Delito	Pena
Art. A inciso primero	1 a 5 años	Art. 366 inciso primero/Art. 361 N° 1	3 a 5 años
Art. A inciso segundo	3 a 7 años	Art. 365 bis N° 1 /Art. 361 N° 1	5 a 15 años
Art. B	5 a 10 años	Art. 361 N° 1	5 a 15 años
Art. C N° 1, 2 y 3	reclusión/multa 1 a 3 años prisión	Art. 366 inciso primero/Art. 361 N°3 y 2	3 a 5 años
Art. D	1 a 5 años	Art. 365 bis N° 1/Art. 361 N° 2 y 3	5 a 15 años
Art. E	3 a 7 años	Art. 361 N° 2 y 3	5 a 15 años
Art. F N° 1, 2, 3 y 4	reclusión/multa 1 a 3 años prisión	Art. 366 inciso segundo/Art. 363 N° 1, 2, 3 y 4	3 a 5 años
Art. F N° 5	reclusión/multa 1 a 3 años prisión	Art. 297	61 días a 3 años

⁷ Las penas establecidas por la propuesta son también menos severas que las establecidas por el AF-2005.

Art. G	1 a 5 años	Art. 365 bis N° 3	3 a 10 años
Art. H	3 a 7 años	Art. 363	3 a 10 años
Art. I inciso primero	1 a 5 años	Art. 366 bis	3 a 10 años
Art. I inciso primero + Art. K	3 a 5 años o 4 a 8 años	Art. 366 bis	3 a 10 años
Art. I inciso segundo	3 a 7 años	Art. 365 bis N° 2	5 a 20 años
Art. I inciso segundo + Art. K	5 a 7 años o 6 a 9 años	Art. 365 bis N° 2	5 a 20 años
Art. I inciso tercero	5 a 10 años	Art. 362	5 a 20 años
Art. I inciso tercero + Art. K	7,5 a 10 años	Art. 362	5 a 20 años
Art. J	1 a 3 años	Art. 366 quater incisos primero y segundo	3 a 5 años
Art. J + Art. K	2 a 3 años o 2,5 a 4,5 años	Art. 366 quater incisos primero y segundo	3 a 5 años
Art. Ñ inciso primero	Concurso con pena exasperada de homicidio	Art. 372 bis	Presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado

Finalmente, el la propuesta prescinde de reglas relativas a la privación de derechos civiles (Arts. 370, 372 CP), de una pena o medida de seguridad post cumplimiento de condena y de una pena especial de inhabilitación (Art. 372 CP), a la espera de una definición general del sistema de penas y medidas de seguridad del Anteproyecto.

III. FUNDAMENTACIÓN PARTICULAR

Título X El epígrafe utiliza la denominación más directa concebible para indicar que se trata de atentados contra un bien jurídico individual, bajo el paradigma de los delitos de interacción (distinguidos de los delitos de lesión). Ciertamente, la denominación no es aplicable sin cualificación ulterior a los atentados contra menores impúberes; pero la protección especialmente dispensada al menor impúber queda mejor explicada como un caso de paternalismo legítimo, que con una denominación alternativa –como la “integridad” o la “incolumidad” sexual-, que, o bien es una fórmula vacía (la incolumidad) o bien encubre con un pseudo-naturalismo (la integridad) un caso de moralismo legal⁸. Por lo demás, la posición sistemática de los atentados sexuales contra impúberes entre los delitos contra la libertad sexual no es distinta del caso de la sustracción de menores entre los delitos contra la libertad.

§ 1 El epígrafe introduce la terminología asociada a la diferenciación de penalidades entre la coacción sexual violenta o intimidatoria (“agresión sexual”) y las demás modalidades de abuso sexual.

Art. A La disposición consagra el tipo genérico de la coacción sexual violenta o intimidatoria (“agresión sexual”). La definición de la acción típica corresponde a la fórmula moderna, descriptiva de la incidencia del ataque sobre la víctima y no de un comportamiento que expresa la lujuria del autor. La descripción de los medios comisivos supone una referencia a la regulación propuesta para el delito de coacción: violencia y “amenaza grave” = “esto es, amenaza de atentar inminentemente contra la vida o de modo grave contra la integridad corporal, la autonomía sexual o la libertad personal del coaccionado o de una persona a él cercana” (Art. B N° 1 de la propuesta sobre delitos contra la libertad). La hipótesis calificada (N° 1) corresponde a parte del supuesto actualmente contemplado por el Art. 365 bis N° 1, por remisión al Art. 361 N° 1. No se incluye en la hipótesis el caso de la penetración no genital de la boca, por la razón arriba expuesta, ni caso de empleo de animales, por innecesario (*infra*, Art. K). La hipótesis básica (N° 2) corresponde al actual Art. 366 inciso primero, por remisión al Art. 361 N° 1. La definición del concepto de acción sexual se encuentra en el Art. K de la propuesta.

Art. B La disposición consagra el tipo de violación mediante coacción violenta o intimidatoria, definiendo la acción sexual como “penetrar genitualmente”, que es más precisa que la actualmente empleada por el Código Penal (“acceder carnalmente”). El supuesto corresponde al actual Art. 361 N° 1.

§ 2 El epígrafe usa la terminología asociada ahora a las modalidades abusivas de interacción sexual que son menos graves que la agresión sexual.

⁸ Esta es la denominación escogida por el AF-2005.

- Art. C La disposición consagra el tipo genérico y básico de abuso sexual, consistente en el aprovechamiento o abuso de circunstancias que privan a la víctima de autonomía o de la capacidad de reaccionar contra el autor del delito.
La definición de la acción sexual es idéntica a la del tipo genérico de la agresión sexual, distinguiéndose uno y otro delito en sus medios o circunstancias comisivas. Las circunstancias 1ª, 2ª y 3ª corresponden a los medios comisivos actualmente previstos en los números 2º y 3º del Art. 361, a los que se remite el actual Art. 366 inciso primero.
La circunstancia 4ª, que por su naturaleza sólo es compatible con acciones sexuales de breve duración o contextos en que la víctima puede ser engañada acerca de la significación sexual de la acción, como un masaje terapéutico, una inspección policial o sanitaria, llena un vacío de la regulación actual.
Las circunstancias 5ª y 6ª son adaptaciones de los §§ 174a y 174b CP alemán. En rigor, su inexistencia podría ser compensada mediante la aplicación de la regla sobre coacción mediante amenaza menos grave (Art. A de la propuesta sobre delitos contra la libertad, Art. 297 CP) o la regla sobre acoso sexual (solicitud) de funcionario público (Arts. 258, 259 CP). Su inclusión en el párrafo 2 elimina todas las anomalías o incongruencias que podrían provenir de un tratamiento sistemático diferenciado. A diferencia de la nueva hipótesis del Art. F N° 5, no todo caso de coacción sexual mediante amenaza menos grave es constitutivo de abuso sexual, sino sólo aquellos casos en que la víctima se encuentra en una relación especialmente vulnerable (circunstancia 5ª) o el autor infringe deberes públicos al abusar de una facultad legal (circunstancia 6ª).
- Art. D La disposición consagra la hipótesis calificada, que corresponde a parte del supuesto actualmente contemplado por el Art. 365 bis N° 1, por remisión al Art. 361 N° 2 y 3. Tal como se dijo respecto del Art. A N° 1, no se incluye en la hipótesis el caso de la penetración no genital de la boca ni caso de empleo de animales, por las mismas razones.
- Art. E La disposición consagra el tipo de violación con modos de comisión distintos de la coacción violenta o intimidatoria. La acción sexual es definida en forma idéntica a la violación mediante agresión (supra, Art. B).
El supuesto corresponde al actual Art. 361 N° 2 y 3, más los supuestos en que la comisión tiene lugar concurriendo las circunstancias 4ª, 5ª y 6ª del Art. C.
- § 3 El epígrafe utiliza un concepto (“atentados”) que es neutro respecto del modo o circunstancia de comisión, para referirse a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, los cuales pasan a ser agrupados en un mismo apartado sistemático.
- Art. F El Art. F consagra el delito de abuso sexual de menores púberes, equivalente al actual Art. 366 inciso segundo CP. El catálogo de medios comisivos reproduce el actualmente contemplado a propósito del delito de estupro (Art. 363 CP), al que agrega la amenaza menos grave (N° 5). La falta de previsión de este medio comisivo se explicaba en el contexto de la reforma al Código Penal introducida por la Ley 19.617 en virtud de la imposibilidad técnica de tratar al abuso sexual de

menor púber como una coacción mediante amenaza especial y calificada, en consideración a la penalidad de las amenazas condicionales. El drástico aumento de la pena de los Arts. 363 y 366 introducido por la Ley 19.927 eliminó esa dificultad, pero el legislador no advirtió la necesidad de incluir a la amenaza menos grave como medio comisivo sino hasta la Ley 20.526, que la previó para el delito de interacción sexual con menores (Art. 366 quáter inciso tercero), generando con ello una anomalía sistemática. El tratamiento dado por la propuesta sobre delitos contra la libertad a la coacción mediante amenaza admite la previsión de la amenaza menos grave como medio comisivo de los abusos sexuales contra menores impúberes.

La circunstancia 4ª es parcialmente equivalente a la actual circunstancia 4ª del Art 363 CP. Se ha eliminado la referencia al engaño y a la “ignorancia sexual” para simplificarla y poner de manifiesto que se trata de un abuso de falta de capacidad de autonomía sexual. Esta hipótesis está destinada a cubrir los casos de atentados a menores de 12 o 13 años, sujetos al estatuto de los impúberes desde la Ley 19.927.

- Art. G El Art. G consagra el tipo calificado de abuso sexual de menor impúber correlativo al actual Art. 365 bis N° 3 CP.
- Art. H El Art. H consagra el delito de estupro, correlativo al actual Art. 363 CP. La descripción de la acción típica reproduce la fórmula de la violación (Arts. B y E).
- Art. I El Art. I consagra los delitos de abuso sexual genérico (inciso primero), abuso sexual calificado (inciso segundo) y violación (inciso tercero) de menor impúber, correlativo, respectivamente, a los Arts. 366 bis, 365 bis N° 2 y 362 CP.
- Art. J El Art. J consagra el delito de interacción sexual con menor impúber, correlativo al actual Art. 363 quáter incisos primero, segundo y cuarto.
- Art. K El Art. K establece una agravante especial para los atentados sexuales contra menores impúberes, consistente en que el menor sea objeto de maltrato de obra o sea puesto en serio peligro de muerte o de grave daño para su salud. El hecho excluye la mitad inferior de las penas respectivas, y tratándose de las penas menos severas autoriza al tribunal para exasperarlas.
- § 4 El epígrafe denomina a las reglas adicionales sobre punibilidad y penalidad como “reglas especiales”.
- Art. L El Art. L establece la definición de “acción sexual” que es el elemento común a todos los delitos del título, salvo el previsto por el artículo J, que se satisface con la sola significación sexual de la acción. En lo esencial, la propuesta reproduce la definición introducida por la Ley 19.617 en el Art. 366 bis, con algunas variaciones:
- (i) sustituye la mención a la “afectación” de los genitales o el ano de la víctima (alternativa al contacto corporal) por la descripción de la acción sexual como aquella que “recae” sobre esas partes del cuerpo;
 - (ii) elimina la mención a la boca, como parte del cuerpo de la víctima equivalente al ano o la vagina;

(iii) distingue entre (a) la acción sexual tolerada o realizada por la víctima bajo coacción o abuso, o por el menor impúber, y (b) la acción sexual realizada por el autor mediante abuso o con el menor impúber;

(iv) incluye, para el caso (a) el contacto corporal con animales no humanos y con cadáveres humanos o de animales no humanos.

La variación (i) es estilística. La variación (ii) ha sido explicada arriba, en la fundamentación general. La variación (iii) se hace necesaria atendida la nueva formulación típica de los atentados sexuales, también explicada en la fundamentación general. La variación (iv) se hace cargo de la hipótesis introducida por la Ley 19.927 en el Art. 365-bis CP, para el caso en que el delito de abuso sexual calificado sea cometido “utiliz(ándose) animales en ello”.

Art. M El Art. M restablece para los delitos contra la libertad sexual la punibilidad de la tentativa como regla general. Tratándose de los atentados contra menores impúberes establece además la punibilidad de sus actos preparatorios.

Art. N El Art. N establece dos agravante especiales, que tienen incidencia en la determinación del marco penal legal. La primera corresponde a los actuales Arts. 368 y 371 CP, con variaciones. La segunda correlaciona los delitos contra la libertad sexual con las reglas de agravación establecidas por el delito de embarazo forzado conforme a la propuesta alternativa sobre embarazo forzado y aborto presentada a la comisión. Esta correlación distingue entre delitos que presuponen el riesgo de embarazo (violación, estupro) y delitos que no lo suponen (los demás), entendiendo que la mayor penalidad de los primeros basta para expresar el disvalor de ese riesgo, y luego distingue entre las dos violaciones más severamente penadas (violación mediante agresión y violación de impúber) y el estupro y la violación mediante abuso, con el fin de no generar una desproporción mediante a exasperación de la pena de las primeras.

Art. Ñ El Art. Ñ consagra reglas para el tratamiento de la puesta de la víctima en serio peligro de muerte o de grave daño a su salud, y de su homicidio o de la comisión de lesiones gravísimas en su contra. Conforme a estas reglas:

(i) la comisión dolosa o con imprudencia simple de homicidio o lesiones gravísimas constituye una agravante muy calificada respecto de la pena a imponer por estos delitos (Art. Ñ incisos primero y segundo, segunda oración);

(ii) la comisión con imprudencia temeraria de homicidio o lesiones gravísimas se sujeta al mismo tratamiento que la comisión dolosa (Art. Ñ inciso segundo, primera oración);

(iii) la comisión dolosa o imprudente de homicidio o lesiones gravísimas implica por definición la concurrencia de la agravante prevista en el Art. K en relación con la pena a imponer por el respectivo atentado contra el impúber (Art. Ñ inciso final);

(iv) las penas determinadas conforme al Art. K y conforme a (i) o (ii) se sujetan a las reglas generales sobre concurso de delitos (Art. Ñ inciso final).

Art. O El Art. O establece una regulación diferenciada del perdón del ofendido, cuando la víctima que lo manifiesta es cónyuge o conviviente del interviniente en la comisión del delito contra la libertad sexual. Conforme a esta regulación:

- (i) el perdón extingue la responsabilidad penal, salvo en los casos de agresión (párrafo 1), maltrato o puesta en peligro del impúber (Art. K) o de irrogación de lesiones gravísimas a la víctima (Art. Ñ);
- (ii) en los casos exceptuados de la regla (i), el perdón genera una atenuante muy calificada facultativa para el tribunal.

La regla del perdón sustituye la regla del actual Art. 369 inciso final CP.

Art. P El Art. P mantiene la regla del actual Art. 369 quáter, introducida por la Ley 20.207, con una redacción que no prejuzga cuándo comienza a correr el plazo de prescripción de la acción penal.

Art. X El Art. X reconduce al Código Procesal Penal la regla sobre control de la acción penal por parte de la víctima, establecido por el Art. 369 CP.

Art. Y El Art. Y reemplaza la actual “exención de Romeo y Julieta” de la Ley 20.084, para cubrir los casos en que un adolescente mayor de 14 induzca a un menor mayor de 12 años, carente de experiencia sexual, a tolerar o a realizar acciones sexuales, eximiéndolo de una eventual pena por el abuso de su inexperiencia sexual, con tal que entre ellos no hubiere al momento del hecho una diferencia de edad superior a 4 años. Este reemplazo es consecuencia del cambio de edad de los menores impúberes (Arts. I y J).