

COMENTARIO PREVIO
Delitos Contra la Libertad Sexual
Luis Ortiz Quiroga

- La propuesta que se acompaña sigue muy de cerca el documento que hemos acordado tomar como base, el APCP 2013 que comprende un trabajo muy esmerado sobre la materia.

En la redacción de ella se ha seguido el texto del título III contenido en el referido documento, con algunas modificaciones en lo que se refiere al tratamiento del delito de violación desde el punto de vista de su estructura. En el APCP 2013 el tipo de violación está tratado de manera desperdigada en distintos párrafos, distinguiendo entre la violación por agresión sexual y la cometida por abuso sexual. Siguiendo en esta materia nuestra tradición de considerar la violación como un tipo básico, sin perjuicio de las diferencias que puedan hacerse en relación a las modalidades de su comisión y/o concurrencia de ciertas circunstancias que permitan modificar la pena respectiva, hemos considerado preferible conformar estas distintas figuras en un párrafo autónomo y único que agrupe tanto la violación clásica, mediante violencia o amenaza grave, como la violación abuso, en su forma simple y atenuada. La violación del menor de edad por su especificidad la hemos dejado en el § sobre atentados sexuales contra menores.

Esta modificación en el orden de los párrafos del articulado pretende guardar una sistemática que no apunta a modificar conceptualmente el contenido de los artículos respectivos, salvo en lo que dice relación, a casos puntuales, con la redacción de los preceptos respectivos. De esta manera, en la propuesta se intercala como párrafo segundo, después de aquel relativo a la “agresión sexual”, el de “Violación”. El “abuso sexual” es el párrafo tercero, el párrafo

cuarto está dedicado a “los atentados sexuales contra menores de edad” y, el quinto, a las reglas comunes. En suma ésta es una proposición simplemente metodológica que puede no aceptarse sin cambiar el texto básico de nuestro modelo, aún cuando a mi entender el cambio tiene cierta importancia.

- El APCP 2013 omite, con buenas razones, ciertos delitos tradicionales vinculados con la actividad sexual. Así ocurre con el incesto y la explotación de la prostitución, planteamiento con el cual concordamos, sin perjuicio de que se pueda discutir la conveniencia de incorporar en este título el incesto con un menor de 12 años, o bien, como sugiere Antonio Bascuñán en su propuesta de regulación de delitos de significación sexual, tomar en consideración tal conducta como una circunstancia agravante en contra del sujeto activo del abuso. La misma consideración puede hacerse respecto de la explotación de la prostitución de menores de edad, caso en el que, igual que en el anterior, existe básicamente un atentado en contra de la libertad sexual del menor. Sobre este tema no tengo opinión definitiva y sólo dejo planteado el tema para que intercambiamos ideas sobre el particular.

- Algunas observaciones concretas:
 - a) Para graficar los delitos de agresión sexual se ha empleado como verbo rector la expresión “constreñir” a tolerar en una fórmula que se repite, siguiendo aparentemente al código penal alemán: “Constreñir a tolerar la realización de una acción sexual”. A su vez, tanto el párrafo sobre abuso sexual como el que trata de atentados sexuales contra menores, emplea como verbo rector la expresión “compeler”, seguido de la misma fórmula anterior, (compeler a una persona a tolerar la realización de una acción sexual ...). En la propuesta hemos suprimido la expresión tolerar cuando la conducta de constreñir o compeler se lleva a cabo mediante violencia,

caso en el cual no resulta propio hablar de tolerancia de parte del sujeto pasivo, incluso esta expresión podría entenderse incompatible con el empleo de amenaza grave en contra del compelido o constreñido cuyo consentimiento no existe o bien no es libre, más bien una simple manifestación de su instinto de conservación.

- b) Me merece duda la incorporación del art. 263 del APCP 2013, que se refiere a la violación y abuso sexual de un adulto mayor de 18 años que sufre de una anomalía o perturbación mental que no alcanza a ser enajenación o trastorno mental y que es compelido a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo, o a realizar una acción sexual con su cuerpo, con penas descendentes según exista penetración genital o no. Compeler a que otro tolere algo constituye un concepto muy cercano a convencer o persuadir. Se puede compeler sin violencia ni amenaza y, si tal interpretación resulta posible, el precepto podría ser justamente calificado como ambiguo. La mujer con depresión que consiente en tener relaciones sexuales con el amigo que, después de requerimientos insistentes de éste, todos ellos frustrados, la conmina a tomar una decisión pues si ésta es negativa terminará su relación con ella, constituye una situación, de diaria ocurrencia, que permitiría la iniciación de un número de procesos que no tendría justificación.

Para casos como éste bastaría la aplicación de la regla sobre imputabilidad disminuida. En la propuesta se han suprimido.

- En el párrafo de las reglas comunes incluyó, adicionalmente, entre las agravantes (art. 272 del APCP 2013) la circunstancia de que el hecho haya sido cometido por varios sujetos de común acuerdo, o bien, cuando se hubiere usado armas.

- A diferencia de los Códigos Penales Alemán y Español, el APCP 2013 no contempla el tipo penal de acoso sexual que se caracteriza por la solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para terceros prevaliéndose el sujeto activo de su mayor rango o superioridad desde el punto de vista laboral, docente u otras situaciones semejantes, comportamiento al cual se añade la oferta expresa o tácita de un mal a la víctima de no acceder a sus propósitos. Es un tema que debe analizarse teniendo presente la especial vinculación que tiene con el delito de amenazas condicionales. De la misma manera habría que delimitarlo con claridad del eventual tipo de solicitud sexual de funcionario público a particulares. En el evento de considerarse útil la incorporación de esta figura es menester tener presente su relación estrecha con el delito de abuso sexual con prevalimiento cuando la víctima accede al contacto sexual, cuidando la regulación de la pena de acuerdo al principio de proporcionalidad.
- Estimamos, además, que el peligro para las personas a que se refiere al art. 273 del documento base, debe tratarse de un peligro grave, y no de uno cualquiera, a fin de estimar el hecho dotado de una agravante calificada.
- La pena por la muerte o lesiones graves producidas por imprudencia temerarias es excesiva ya que es igual a la del comportamiento doloso. El penúltimo inciso del art. 274 del documento base debería excluirse dejando la fijación de la pena al criterio del Juez de acuerdo a las normas aplicables al concurso de delitos. En la propuesta lo he suprimido.