

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal*

Luis Rodríguez Collao
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
lrodrigc@ucv.cl

Resumen

Este artículo examina, desde una perspectiva crítica y analítica, las disposiciones que el Anteproyecto de Código Penal de 2005 destina a los delitos de significación sexual, asumiendo, como punto de partida de la exposición, que dicho texto conserva los lineamientos generales de la preceptiva vigente, de acuerdo con la fisonomía que ésta adquirió tras las reformas legales de 1999 y 2004. El autor plantea como algo positivo que los delitos aparezcan estructurados en torno a la idea de integridad sexual y que los autores de este documento pre-legislativo optaran por mantener la denominación y la estructura básica de los tipos de violación, estupro y abuso sexual, pese a los reparos que ellos merecen desde un punto de vista político-criminal y de técnica legislativa. El trabajo también se plantea a favor de la supresión de los tipos de incesto, sodomía y ultraje a las buenas costumbres, pero critica decididamente la inclusión de algunas figuras relativas a la prostitución y de otras que se fundan en la idea de corrupción de menores.

Palabras clave

Delitos sexuales, integridad sexual, libertad sexual, abuso sexual, delitos de significación sexual.

Abstract

This article examines, from an analytic and critical perspective, the dispositions that the Penal Code Draft of 2005 destines to crimes of sexual meaning, assuming, like starting point of the exposition, that such text preserve the general features of the current regulations, according to the physiognomy that this acquired after the legal reforms of 1999 and 2004. The author plant as something positive that the crimes appear structured around the idea of sexual integrity and that the authors of this pre-legislative document opted for maintaining the denomination and the basic structure of the types of violation, rape and sex abuse, despite the objections that deserve from a criminal-policy point of view and from the legislative technique. The work also be planted in favor of the suppression of the types of incest, sodomy and outrage to the good customs, but criticizes determined the inclusion of some figures relating to the prostitution and other based on the idea of kids corruption.

* Artículo recibido el 3 de abril y aprobado el 30 de junio 2006.

Keywords

Sexual crimes - sexual integrity - sexual liberty - sexual meaning - sex abuse

1. Perspectiva histórica

Como es sabido, el texto original del Código Penal chileno tipificó la mayor parte de los delitos de significación sexual dentro del Título VII del Libro II, bajo la rúbrica Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública. Esta fórmula denominativa, de procedencia belga, se utilizó en reemplazo a la cláusula Delitos contra la honestidad, que adoptó la mayor parte de los códigos iberoamericanos, siguiendo el modelo español¹. También procede del Código Penal belga la secuencia y la denominación de los párrafos que integran el Título VII, pero no así el contenido de sus disposiciones, cuya fuente es básicamente el Código Penal español de 1848.

De los diez párrafos que contenía la versión original del Título VII, cinco tipificaban infracciones con contenido sexual. El esquema legislativo incluía: el delito de raptó (párrafo 4º, artículos 358 a 360); el delito de violación (párrafo 5º, artículos 361 y 362); los delitos de estupro, incesto, sodomía simple, abusos deshonestos y favorecimiento de la prostitución o de la corrupción de menores (párrafo 6º, artículos 363 a 367); el delito de ultraje público a las buenas costumbres (párrafo 8º, artículos 373 y 374); y, por último, los delitos de adulterio y amancebamiento (párrafo 9º, artículos 375 a 381).

Este esquema normativo no sufrió cambios substanciales durante los primeros cien años de vigencia del Código Penal. Si bien es cierto que varios de sus preceptos experimentaron algunas modificaciones durante el transcurso de ese período, todas ellas revistieron un carácter formal y no alteraron el sentido de las principales figuras delictivas que dicho esquema contemplaba².

Entre tales modificaciones, cabe señalar, por su importancia, la que introdujo la ley 17.727, de 1972, al incorporar en el artículo 365 la figura de violación sodomítica (como apéndice del delito de sodomía que figuraba en el texto original del Código) y que sanciona el acceso carnal entre varones, no consentido por la víctima, un comportamiento que antes quedaba captado por el tipo de abusos deshonestos. Enseguida, el decreto ley N° 2.967, de 1979, modificó los artículos 361 y 365, aumentando la pena de la violación propiamente tal y de la violación sodomítica, cuando éstos tuviesen como víctima a una mujer menor de doce años o a un varón menor de catorce, e introdujo el artículo 372 bis, que pasó a sancionar a quien, con motivo u ocasión de esos mismos delitos, causara, además, la muerte del ofendido. Más adelante, la ley N° 19.221, de 1993, fijó en dieciocho años el límite máximo de la edad del sujeto pasivo en las figuras de raptó por seducción, estupro y abusos

¹ Con mayor detalle, RODRÍGUEZ COLLAO, L. *Delitos sexuales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 17-19.

² Cfr. RIVACOBA, M. DE. *Evolución histórica del Derecho Penal chileno*. Valparaíso: Edeval, 1991, p. 77-81.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal". *Polít. crim.* n° 1, A1, p. 1-19.

deshonestos simple; y, por último, la ley N° 19.335, de 1994, despenalizó las figuras de adulterio y amancebamiento.

Pero, sin lugar a dudas, la modificación más importante que ha experimentado el sistema chileno de los delitos de significación sexual, es la que introdujo la ley N° 19.617, publicada y vigente desde el 12 de julio de 1999. Entre las principales innovaciones se cuentan: la supresión de la figura de raptó, con lo cual la privación de libertad de una mujer por motivos sexuales quedó captada por los tipos de secuestro y sustracción de menores; la equiparación del hombre y la mujer en tanto que sujeto pasivo del delito de violación; la fijación de los doce años como límite a partir del cual la persona puede emitir un consentimiento válido para la realización de actos de significación sexual; la inclusión del hombre como víctima del delito de estupro; los términos más estrictos con que aparecen descritas las conductas de los tipos de violación, estupro y abuso sexual; la despenalización de la figura de sodomía simple, cuando es ejecutada entre mayores de edad y la supresión de la figura de favorecimiento de la corrupción de menores, que antes contemplaba el artículo 367 del Código Penal.

Con todo, por muy profundas e importantes que consideremos estas innovaciones, lo cierto es que la ley N° 19.617 no alteró, en lo substancial, el esquema normativo del Código Penal de 1874. No modificó, en efecto, la nomenclatura del Título VII, ni la estructuración de los distintos párrafos que éste comprende, lo que en definitiva restó mérito y proyección práctica al propósito legislativo de circunscribir el ámbito de protección, únicamente a aquellas conductas que resultaran lesivas de intereses individuales. Ello, porque junto a figuras que claramente tienden a la tutela de bienes jurídicos de esa índole –como la violación o el estupro–, subsistieron otras –por ejemplo, el incesto– en las que se aprecia, con toda nitidez, la ausencia de un interés individual que justifique el ejercicio de la potestad punitiva. En suma, la reforma penal de 1999 no comporta un nuevo sistema legislativo en el campo de los delitos sexuales, sino una simple readecuación del sistema tradicional, el que en líneas generales se mantuvo vigente³.

Un juicio muy similar cabe emitir frente a las modificaciones que introdujo la ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, cuyos hitos más importantes son los siguientes: la sustitución de la rúbrica del Título VII del Libro II, la que ahora reza: "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual"; la elevación de doce a catorce años del límite de edad a partir de cual se considera válido el consentimiento para realizar conductas sexuales; el añadido de una hipótesis al delito de abuso sexual, consistente en la introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal o en la utilización de animales; la regulación específica de la producción y comercialización de material pornográfico infantil, haciéndose extensivo el castigo a quien maliciosamente

³"... se trata de una reforma parcial que no transforma radicalmente los conceptos y criterios de tipificación hoy vigentes, sino que los hace más *presentables*, y se inserta dentro de un cuerpo legal anacrónico, disparejo, que pone en evidencia los graves problemas sistemáticos que lo aquejan". Así lo manifestó, en su oportunidad, HORVITZ, M. I. "Delitos sexuales, libertad personal y protección de la moral colectiva". *Apuntes de Derecho*. U. Diego Portales (Chile), 3, 1998, p. 13.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

adquiera o almacene material de esa clase, y, por último, la tipificación del hecho de pagar por obtener los servicios sexuales de una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años, aunque no se den las condiciones propias del estupro y de la violación.

El Anteproyecto de Código Penal de 2005 tampoco importa una reestructuración orgánica del sistema de los delitos sexuales, sino que tiende a un perfeccionamiento de la normativa vigente hasta hoy. En otras palabras, dicho texto pre-legislativo toma como base –y en gran medida reproduce– las normas vigentes en la actualidad, introduciendo en ellas una serie de modificaciones, las más importantes de las cuales serán objeto de un análisis crítico en los acápites que siguen.

2. Sobre el epígrafe del título

En primer término, es muy positivo que el Anteproyecto prescindiera de la rúbrica tradicional, que hacía referencia al orden de las familias y a la moralidad pública. Si bien es cierto que ambos conceptos tenían pleno respaldo desde la perspectiva de las valoraciones imperantes a la época de entrada en vigencia del Código Penal chileno⁴, ninguno de los dos puede ser invocado como fundamento de un hecho delictivo a la luz de la preceptiva constitucional vigente.

La locución moralidad pública, como fluye claramente de su campo semántico, no está referida a intereses individuales sino a hechos o situaciones con un carácter marcadamente social o colectivo. Básicamente, alude a los cánones éticos que la sociedad –o mejor aun, la opinión dominante en el cuerpo social– considera dignos de regir el comportamiento sexual de la ciudadanía⁵.

En verdad, el tema de la depuración del Derecho penal de criterios moralizantes no sólo es un problema político o ideológico, sino también un asunto que atañe al campo mucho más concreto de la política criminal. Ya el IV Congreso Internacional de Criminología celebrado en La Haya, en 1960, reconoció que existen comportamientos que han de confiarse a la moral personal, aun cuando desde el punto de vista de una determinada ética social o de una concepción teológico-moral sean rechazables⁶. En efecto, "si se pretendiera mediante la pena promover las virtudes individuales, se estaría exigiendo al Derecho algo que excede por entero de sus posibilidades, (puesto que) las penas estatales son ontológicamente inválidas como medio de perfección moral"⁷. Desde luego, no es político-criminalmente aconsejable que en la sociedad se imponga unilateralmente una orientación

⁴PADOVANI, T. “*Commento all’art.1*”. CADOPPI (Coord.): *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale (legge 15 febbraio 1996)*. Padua: Cedam, 1996, p. 420.

⁵FIANDACA, G. “*Prospettive di riforma dei reati sessuali*”. CADOPPI (Coord.): *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale (legge 15 febbraio 1996)*. Padua: Cedam, 1996, p. 405-406.

⁶JÄGER, H. “*Política jurídico-penal y ciencia*”. *Sexualidad y Crimen*, 3ª ed., Trad. Gimbernat, Madrid: Reus, 1969, p. 291.

⁷BARBERO SANTOS, M. “*La reforma penal española en la transición a la democracia*”. *Revue Internationale de Droit pénal*, 1, 1978, p. 64.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal".
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

valorativa, en circunstancias que en cada comunidad coexiste un conjunto de valoraciones y convicciones que no pueden ser modificadas a través del recurso a la pena⁸, tanto más si se considera que la eficacia de las sanciones penales presupone un cierto grado de adhesión por parte de la ciudadanía, en una suerte de consenso que las ideas morales y religiosas simplemente no concitan⁹. Desde otro punto de vista, la punición de conductas consideradas inmorales –y por el solo hecho de serlo– no solamente "es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas integradas"¹⁰.

En estas circunstancias, el hecho de tipificar un delito con el propósito exclusivo de salvaguardar la moralidad pública, contravendría el principio de lesividad, puesto que implicaría ejercer la potestad punitiva del Estado con un sentido distinto de aquel que impone el valor de la dignidad humana, es decir, no como un instrumento orientado a la protección de aquellos valores que resulten necesarios para el pleno desarrollo espiritual y material del individuo, sino como instrumento para lograr la adhesión de la persona a determinados valores que el poder estatal ha considerado merecedores de ser impuestos o fomentados¹¹. Desde otro punto de vista, importaría también una instrumentalización de la persona para la obtención de un beneficio social, y, peor aún, de un beneficio que sólo puede explicarse en virtud de razones estrictamente ideológicas.

El concepto de orden de las familias, por su parte, si bien admite una interpretación estrictamente jurídica –de acuerdo con la cual podría entenderse como aquel sector del ordenamiento positivo que regula las relaciones entre personas unidas por vínculos de parentesco o matrimonio– no está exento del reparo de su conexión con criterios morales¹²; como tampoco está libre de la crítica de encubrir una concepción despersonalizada de los delitos de significación sexual, los cuales, en virtud de ella, aparecen no como atentados en contra de los derechos de un individuo en particular, sino como infracciones a los cánones morales vigentes en el plano de la sexualidad. Es cierto que la noción de orden familiar

⁸ En este sentido, KÖNIG, R. "Delitos contra la honestidad y problemas de la conformación de la vida sexual en la sociedad del presente", *Sexualidad y Crimen*. 3ª ed., Trad. Gimbernat, Madrid: Reus, 1969, p. 368.

⁹ KLUG, U. "Problemas de filosofía del derecho y de política jurídica en el Derecho Penal sexual". *Sexualidad y Crimen*, 3ª ed., Trad. Gimbernat, Madrid: Reus, 1969, p. 31 y SCHÖLLGEN, W.: "La sexualidad y el delito desde el punto de vista de la teología moral católica". *Sexualidad y Crimen*, 3ª ed., Trad. Gimbernat, Madrid, Reus, 1969, p. 97-98.

¹⁰ ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, Trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña /Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56-57.

¹¹ En un sentido crítico respecto del uso de este concepto en sede legislativa, HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. Muñoz Conde / Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 240-243 y PICOTTI, L. "Il delitto sessuale: da sfogo 'non autorizzato' della libidine a 'rapporto interpersonale' illecito. Spunti di riflessione sull'evoluzione e la riforma dei reati sessuali". CADOPPI (Coord.): *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale (legge 15 febbraio 1996)*. Padua: Cedam, 1996, p. 422 y 423.

¹² Es, en efecto, la fórmula con que el texto original de nuestro Código quiso justificar la punición del adulterio y del incesto. GARRIDO MONTT, M. *Derecho penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, III, p. 303.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

puede tener sentido en el campo de las relaciones civiles; y, particularmente, en lo que atañe a los derechos y obligaciones que generan los vínculos de parentesco o matrimonio. Sin embargo, nada autoriza a emplear, en el ámbito del Derecho penal, los mismos criterios con que se organizan las instituciones civiles, porque en el campo delictivo no basta la mera infracción formal de un precepto, sino que ella ha de reflejarse en una efectiva lesión o puesta en peligro de un derecho cuya conservación resulte necesaria desde el punto de vista de los intereses del individuo.

En relación con la fórmula que utiliza el Anteproyecto —es decir, delitos contra la integridad sexual— ella parece apropiada, tanto por razones sistemáticas como por consideraciones semánticas. Es cierto que durante los primeros años del proceso de reforma del derecho penal sexual las legislaciones tendieron a organizar sus sistemas normativos en torno a la idea de libertad sexual, siguiendo en esto la línea que había adoptado el Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán, de 1966, cuyos autores plantearon la sustitución de la fórmula que tradicionalmente había utilizado el texto punitivo de aquel país (Crímenes y delitos contra la moralidad), por la rúbrica Delitos contra la libre autodeterminación sexual (Straftaten gegen die sexuelle selbstbestimmung). Esta propuesta fue adoptada en las leyes de reforma alemanas de 1969 y 1973¹³, y tuvo a partir de entonces gran acogida en los textos penales de otros países, entre los que se cuentan el Código Penal portugués (que alude a Delitos contra la libertad y la autodeterminación sexuales¹⁴); el Código Penal español (que en su versión original correspondiente al año 1995, hablaba simplemente de “Delitos contra la libertad sexual”) y el Código Penal italiano, que agrupa las conductas de significación sexual dentro del apartado que destina a los delitos contra la libertad personal¹⁵.

Un planteamiento sistemático distinto contempla el Código Penal francés de 1992, en particular después de la reforma de que fue objeto mediante ley de 17 de junio de 1998¹⁶. Este texto reúne la mayor parte de las conductas de significación sexual en el Título II del Libro II, que trata De los atentados contra la persona humana, y dentro de él distingue dos grupos de delitos bien diferenciados: uno, constituido por lo que dicho Código en forma genérica denomina <agresiones sexuales>, que aparece estructurado en torno a la idea de lesión a la integridad del individuo (<Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne>) y otro, representado por las figuras de favorecimiento y aprovechamiento de la

¹³ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general*, p. 52-53. HIRSCH, H. J. *Derecho Penal. Obras Completas*. Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 216-217.

¹⁴DOS REIS ALVES, S. M. *Crimes sexuais*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 5-6. MAIA GONÇALVES, M. *Código Penal Português. Anotado e comentado (com legislação complementar)*. 9ª ed., Coimbra: Almedina, 1996., p. 621-622.

¹⁵Sobre las implicaciones de esta opción sistemática, BERTOLINO, M. "La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali", en *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*. U. di Genova, 2001, p. 164.

¹⁶RASSAT, M. L. *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*. Paris : Dalloz, 2000, p. 443-445. VERON, M. *Droit pénal spécial*. Paris : Armand Colin, 2001, p. 48-49. Sobre el particular, BERTOLINO, M. "La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali", p. 168– 169.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

prostitución, tipificadas bajo el epígrafe de <Atentados contra la dignidad de la persona>¹⁷. Un predicamento similar adoptan el Código Penal suizo reformado en el año 1992, que agrupa estas infracciones bajo la rúbrica Delitos contra la integridad sexual; el Código Penal esloveno, promulgado en 1995, que se refiere a Delitos contra la inviolabilidad sexual¹⁸, y el Código Penal argentino, tras la reforma de que fuera objeto en virtud de la ley N° 25.087, del año 1999, que sustituyó la denominación tradicional de Delitos contra la honestidad, por la de Delitos contra la integridad sexual. De acuerdo con la Exposición de Motivos del proyecto de dicha ley, la nomenclatura actual se sustenta en que, si bien estos delitos constituyen un menoscabo a la libertad de las personas afectadas, éstas "los viven como atentados a su propia integridad, privacidad o identidad". Este planteamiento fue explicitado durante la tramitación del proyecto por algunos parlamentarios, uno de quienes manifestó que el cambio habría tenido por objeto destacar que "una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima..."¹⁹.

Estas nuevas propuestas coinciden con la toma de conciencia –en el plano doctrinal– acerca de la imposibilidad de reducir el objeto de tutela de esta clase de infracciones a la sola idea de atentado contra la capacidad de autodeterminación de la víctima. En la actualidad, en efecto, un creciente número de autores postula que no cabe hablar de libertad sexual respecto de quienes no están habilitados para ejercer la sexualidad; y ésta es la idea que subyace a la reforma de que fue objeto el Código Penal español en virtud de la Ley Orgánica N° 11, de 30 de abril del año 1999. Así lo sugiere la adopción de la rúbrica Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y lo corrobora la propia Exposición de Motivos de la ley, que toma partido a favor de la existencia de otros valores involucrados en la protección de menores de edad e incapaces, aparte de la libertad sexual²⁰. Asimismo, la mayor parte de las opiniones emitidas en España a partir del año 1999, identifica más de un bien jurídico protegido en la actual regulación de los delitos sexuales. Dentro de esta línea de pensamiento es posible distinguir dos posiciones: a) la opinión de quienes sostienen que la totalidad del sistema tiende a la protección de la libertad sexual, pero reconocen que en determinados casos la tutela se orienta, además, a otros intereses, como lo señalan, por ejemplo, ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, quienes aluden al “adecuado proceso de formación de menores e incapaces”²¹; y b) la opinión que

¹⁷ GATTEGNO, P. *Droit pénal spécial*. París: Dalloz, 1995, p. 74-110 y MAYAUD, Y. *Code Pénal* (Nouveau Code Pénal. Ancien Code Pénal), con anotaciones bibliográficas y jurisprudenciales. París: Dalloz, 1997-1998, p. 214-227.

¹⁸ Sobre el particular, BERTOLINO, M. “La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali”, p. 168–169.

¹⁹ CLEMENTE, J. L. *Abusos sexuales*. 2ª ed., Córdoba: Marcos Lerner, 2000, p. 24-26; PARMA, C. *Delitos contra la integridad sexual*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, p. 17-23. REINALDI, V. *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino*. Córdoba: Marcos Lerner, 1999, p. 29-34.

²⁰ En este sentido, TAMARIT SUMALLA, J. M. “Muerte y resurrección del delito de corrupción de menores”. *Boletín Mensual Aranzadi Penal*, 6, junio, 1999, p. 4.

²¹ ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 21.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

sostiene que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual –respecto de las personas que se encuentran capacitadas para autodeterminarse en el plano de la sexualidad– y, alternativamente, la indemnidad o intangibilidad sexual en el caso de los menores e incapaces, como lo propone, por ejemplo, MUÑOZ CONDE²².

Desde otro punto de vista, el proceso de reforma del derecho penal sexual durante las últimas décadas ha estado presidido por la idea de despojar al sistema de todo vestigio moralizador²³ y la dogmática penal se ha esforzado por construir sus sistemas doctrinales en torno a conceptos estrictamente jurídicos, asentados en una base fáctica o natural. En este contexto, nociones como las de libertad sexual e indemnidad sexual suelen ser explicadas siguiendo los mismos parámetros utilizados para caracterizar otros bienes jurídicos de índole personal, como el derecho a la vida, la salud o la libertad ambulatoria. Al obrar de este modo, la doctrina penal pasa por alto que la sexualidad es algo mucho más complejo que la simple actividad genital y, acaso más que ningún otro aspecto del comportamiento humano, está indefectiblemente entremezclada con imperativos morales y culturales²⁴.

Así, tiende a imponerse el planteamiento de que no cabe definir lo sexual –ni atribuir este carácter a una conducta determinada– con prescindencia de factores ético-culturales, ni cabe tampoco estructurar el bien jurídico como una entidad neutra²⁵. Entre quienes mayor atención han dedicado a este planteamiento se cuentan, en lengua castellana, GUZMÁN DÁLBORA, MUÑOZ CONDE y OCTAVIO DE TOLEDO²⁶; y entiendo que él cuenta con pleno respaldo en el campo de las ciencias humanas y sociales²⁷.

En síntesis, frente al imperativo de buscar una fórmula dotada de suficiente amplitud y ductilidad como para captar el conjunto de valoraciones que albergan los delitos sexuales, todo parece indicar que la noción de integridad sexual cumple cabalmente ese objetivo.

3. Sobre la sistematización de los delitos sexuales

El proceso de reforma que ha experimentado el derecho penal sexual en Europa e Iberoamérica durante las últimas décadas registra varios intentos por alcanzar una regulación de esta clase de infracciones más lógica y acorde con el objetivo de tutela que se pretende lograr.

²² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia Tirant lo Blanch, 2001, p. 196-197.

²³ Acerca de los fundamentos de esta actitud interpretativa, BACIGALUPO, E. *Principios constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 232-233.

²⁴ DAVIS, M.: *La sexualidad en la adolescencia*. Título original: *Sex and the adolescent*. Trad. D. R. Wagner, Buenos Aires: Hormé, 1975, p. 24-25.

²⁵ ROMANO, B. *La tutela penale della sfera sessuale*, p. 21-24.

²⁶ GUZMÁN DÁLBORA, J. L. “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”. *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas*. U. de Antofagasta (Chile), 2000, pp. 128-129. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, p. 197-198 y OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Razones y sinrazones de una reforma anunciada”. *Revista Jurídica La Ley*, 4, 1997, p. 1144-1145.

²⁷ ZURIFF, G. E. “Pedophilia and the culture wars”. *Public Interest*, N° 138, Washington, 2000, p. 39.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

Tal es el caso del Código Penal italiano, que junto con agrupar todos los delitos de significación sexual que atentan contra intereses individuales dentro del apartado que aquél destina a la protección de la libertad personal –y en plena concordancia con esta opción político-criminal–, equipara las acciones que se consideran dignas de castigo bajo la denominación genérica de conductas sexuales (<atti sessuali>), diferenciando únicamente en atención a factores circunstanciales que tienen que ver con la modalidad que en cada caso revista el ataque, como la edad de la víctima, la calidad del sujeto activo, la unidad o pluralidad de ejecutores, etc.²⁸.

Asimismo, en la nueva regulación argentina de los delitos sexuales, los tipos aparecen estructurados en torno a la figura común de abuso sexual, hasta el punto que ha llegado a sostenerse que tal pudo ser el nombre del capítulo en que aparecen reunidas estas infracciones²⁹. Pese a ello, y a que el articulado prescinde de las denominaciones tradicionales, la verdad es que los tipos contemplan una serie de hipótesis conductuales entre las que subyace la totalidad de las valoraciones relativas a la naturaleza del acto ejecutado y a la entidad del medio empleado para llevarlo a cabo³⁰.

Por último, recordemos que el Código Penal español de 1995, en su versión original, instauró un sistema que contemplaba únicamente las figuras básicas de agresión, abuso y acoso sexuales, cuya delimitación no se basaba en la naturaleza del acto en que se concretaba el ataque, sino en la modalidad que revistiera la actuación en contra de la voluntad de la víctima, prescindiendo de cualquier referencia a las denominaciones tradicionales de estos delitos.

Estas iniciativas, sin embargo, no han prosperado, ya sea porque la doctrina y la praxis nunca han dejado de llamar los delitos de acuerdo con su nombre tradicional, como ha sucedido en Argentina; ya sea porque el cambio generó una reacción francamente adversa en la colectividad, como ocurrió en España, donde la ya mencionada ley de reforma del año 1999, restituyó algunas denominaciones tradicionales –como violación y corrupción de menores–, en el contexto de una iniciativa que sólo consiguió oscurecer el sistema que había instaurado el legislador del año 1995.

En estas circunstancias, y frente a un tema tan sensible a la opinión pública y a los intereses que suelen influir en ella, pienso que es acertada la decisión de mantener la denominación y la estructura tradicionales de los tipos básicos de este sector del ordenamiento penal, entre los que se cuentan, fundamentalmente, las hipótesis de violación, estupro, abuso sexual, corrupción de menores y favorecimiento de la prostitución.

²⁸ Artículos 609 bis a 609 decies. BERTOLINO, M. “La violenza sessuale...”, p. 392-395. ROMANO, B. *La tutela penale della sfera sessuale*, p. 56-70.

²⁹ CREUS, C. “Delitos sexuales, según ley 25.087”. *Jurisprudencia Argentina*, julio 1999, p. 2.

³⁰ Hasta el punto que los autores siguen denominando las figuras según los nombres con que siempre se les ha conocido en aquel país (v. gr. violación, estupro, corrupción de menores, etc.). DONNA, E. A. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000, p. 49, 97, 117.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”. *Polít. crim.* n° 1, A1, p. 1-19.

4. Delito de violación propia

El artículo 98 del Anteproyecto dispone: “El acceso carnal sin el consentimiento de la persona ofendida, por vía vaginal, anal o bucal, constituye violación y será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo...”

La fórmula descriptiva que utiliza la norma no innova en cuanto a la materialidad de la conducta constitutiva de violación, que sigue siendo una penetración realizada por vía vaginal, anal o bucal. Sin embargo, resuelve definitivamente un punto que había sido objeto de intensa discusión doctrinal, a partir de la reforma de 1999: si el delito, en su texto vigente, lo comete únicamente quien accede carnalmente a otra persona³¹ o si lo comete también quien se hace acceder por otro individuo. Mientras la primera posición se funda en que el actual artículo 361 del C. Penal castiga al que accede carnalmente a otro –fórmula gramatical que sin lugar a dudas sólo capta a quien lleva a cabo por sí mismo la penetración–, la segunda posición, en cambio, plantea el asunto como un problema de interpretación teleológica, concluyendo que la lesión del bien jurídico se da cuando una persona es compelida a tomar parte en la realización de una cópula, cualquiera sea el papel que a aquélla le corresponda desempeñar.

La redacción escogida por el Anteproyecto, en cuanto alude a un acceso carnal, sin especificar el rol que haya de jugar el autor, incluye tanto a quien accede carnalmente a una persona, como a quien es accedido por otro, siempre que medie alguna de las modalidades ejecutivas que la norma contempla³².

Por otra parte, me parece acertado que el tipo de violación propia exija que el hechor actúe “sin la voluntad de la víctima”. Esta forma de proceder no sólo permite clarificar el sentido de cada una de las modalidades de ejecución del delito, sino que también facilita su delimitación respecto del delito de estupro. No cabe decir lo mismo respecto de la frase “constituye violación” que contempla el tipo analizado. Si bien admito que se trata de una observación simplemente formal, hubiera sido preferible, por razones de estilo, que se prescindiera de ella; sobre todo considerando que la rúbrica del párrafo respectivo es, precisamente, De la violación, lo cual no deja duda en el sentido de que quien ejecuta la conducta prevista en el artículo 98 comete ese delito y no otro.

³¹ De la primera opinión, KÜNSEMÜLLER, C. “Nuevas tendencias en el tipo penal de violación”. *La Semana Jurídica*, 58, 2001. MATUS J. P. y RAMÍREZ, M. C. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte especial, 2ª ed., U. de Talca, 2002, p. 75. RODRÍGUEZ COLLAO, L. *Delitos sexuales*, p. 142-145. En contra, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. “La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”. *Gaceta Jurídica*, 250, Santiago, 2001.

³² Al proceder en esta forma, los redactores de la norma pre-legislativa restituyen, respecto de las relaciones homosexuales entre varones, la misma solución que rigió hasta el año 1999, por aplicación del antiguo texto del artículo 365 bis del Código Penal.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal". *Polít. crim.* n° 1, A1, p. 1-19.

Si se las compara con el texto vigente, las modalidades ejecutivas del delito de violación propia no experimentan mayores cambios, salvo en lo que respecta a la segunda hipótesis, donde el Anteproyecto sustituye la exigencia actual de que la víctima se halle privada de sentido, por el requerimiento, mucho más acertado, de que el autor se aproveche de esa circunstancia.

5. Delito de violación impropia

Las opiniones que se han emitido respecto de las consecuencias del trato sexual entre niños y adultos son muy variadas; y, en el estado actual de la investigación criminológica, el tema no puede considerarse como definitivamente esclarecido³³. La posición tradicional en esta materia sostiene que el menor siempre experimenta una alteración en su desarrollo; y que nunca puede considerarse indemne, por mucho que tras el episodio no evidencie ninguna sintomatología, porque muchas de las secuelas, especialmente las de orden psíquico, son muy difíciles de detectar y algunas de ellas se manifiestan mucho tiempo después. Por este motivo, el simple hecho de relacionarse un adulto y un niño, al margen de las circunstancias que revista su ejecución, merece ser calificado como un acto abusivo³⁴. Además, se dice que la experiencia científica ha demostrado que el impacto traumático generalmente se produce por el significado que los actos tienen para el niño, el cual puede ser captado en su real dimensión con mucha posterioridad al episodio; y que, incluso, determinadas experiencias pueden no ser traumáticas, pero de todos modos llegar a producir distorsiones cognitivas o valorativas que justifican su consideración como auténticos casos de abuso sexual³⁵.

El planteamiento recién esbozado ha sido objeto de una serie de matizaciones, las que tienden a destacar, por una parte, la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias en que se produce la actividad sexual precoz y, por otra, las reacciones que suscita el hecho en el entorno en que se desenvuelve el menor. Sobre esta base, algunos postulan que en la mayor parte de los casos la aptitud lesiva del contacto sexual deriva no tanto de su carácter prematuro, como del hecho de haberse ejercido violencia; de los lazos que unían al niño y al adulto, de la reacción de familiares o educadores, de la condena social de la conducta y de otras condiciones análogas. De modo que si los niños se sienten culpables, no es porque renieguen de haber hecho lo que hicieron, sino por la forma en que la sociedad los trata³⁶.

Hay quienes disienten de la afirmación de que el sexo entre niños y adultos es algo inaceptable. Se dice, en efecto, que las consecuencias negativas que menciona la doctrina

³³ KIRKPATRICK, R. C. "The evolution of human homosexual behavior". *Current Anthropology*. Chicago, 2000, 41, 3, p. 385-413.

³⁴ Cfr. BESTEN, B. *Abusos sexuales en los niños*. Barcelona: Herder, 1997, pp. 18 y 25-27.

³⁵ En este sentido, COULBORN, K. "Child sexual abuse: intervention and treatment issues". *Child Abuse and Neglect*, 1993, p. 7-8. En general sobre el tema, MESSMAN-MOORE, T. L. LONG, P. L. y SIEGFRIED, N. J. "The revictimization of child sexual abuse survivors". *Child Maltreatment*, 5, 1, Thousand Oaks, febrero, 2000, p. 18-27.

³⁶ COULBORN, K. "Child sexual abuse...", p. 3-4.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal". *Polít. crim.* n° 1, A1, p. 1-19.

son un tanto exageradas, pues el involucramiento de niños en un contexto sexual se ubica dentro de los márgenes de las expresiones normales de afecto y que no tiene, necesariamente, secuelas negativas a largo plazo³⁷. Más aún, hay quienes plantean esas experiencias como algo positivo y beneficioso para el desarrollo psíquico y emocional del menor³⁸.

Estas posiciones han experimentado un lento proceso de descrédito, por los lazos que se ha creído ver entre ellas y algunos movimientos que agrupan a individuos pedófilos o que hacen proselitismo a favor de la aceptación social de las distintas formas de manifestación de las relaciones entre adultos y niños. Incluso, algunos autores que inicialmente apoyaron la inofensividad de la relación heterosexual no violenta entre un impúber sano y una persona mayor, han atenuado considerablemente sus propuestas originales³⁹.

El tema de si debe o no establecerse un límite a partir del cual se considere que los menores están capacitados para consentir la realización de actividad sexual (y bajo el cual se les considere de pleno derecho inhábiles para consentir) ha dado ocasión a una extensa polémica. En el campo de las ciencias experimentales, una corriente de opinión sostiene que la fijación de un límite preciso carece de elasticidad para adaptarse a las variaciones que puede experimentar el proceso de maduración sexual de las personas, porque si bien en la mayor parte de los individuos aquel proceso concluye alrededor de los trece años, debe considerarse como período normal para que ocurra la maduración sexual el que va entre los once y los quince años, pudiendo, en circunstancias anormales, producirse también entre los ocho y los diez años⁴⁰. Por estas razones, algunos autores proponen que los sistemas normativos se abstengan de fijar un límite preciso y que la determinación acerca de si existe o no capacidad para consentir el acto sea efectuada en cada caso concreto⁴¹.

En la actualidad, sin embargo, la doctrina asume la necesidad de establecer un límite de edad bajo el cual debe entenderse que los menores no están capacitados para consentir la realización de actos de significación sexual y propone que aquél se fije en trece años⁴². Se

³⁷ WYATT, G.E. y POWELL, G. J. "Identifying the lasting effects on child sexual abuse: an overview", en Wyatt, G. E. y Powell, G. J. (Ed.): *Lasting effects of child sexual abuse*, Newbury Park (California): Sage Publications, 1988, p. 12.

³⁸ BRIERE, J. y RUNTZ, M. "Post sexual abuse trauma" en Wyatt, G. E. / Powell, G. J. (Ed.): *Lasting effects of child sexual abuse*. Newbury Park (California), Sage Publications, 1988, p. 85. Se ha llegado a afirmar que dos tercios de los hombres y más de un cuarto de las mujeres manifiestan, retrospectivamente, tener reacciones neutrales o positivas frente a una experiencia sexual infantil; y que más del 40% de los varones califica su experiencia como positiva. Sobre estos datos y en un sentido crítico, ZURIFF, G. E. "Pedophilia and the culture wars", p. 32-33.

³⁹ Cfr. la relación que consigna TAMARIT SUMALLA, J. M. *La protección penal del menor frente a la explotación y al abuso sexual*. Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 17-20.

⁴⁰ MUÑOZ SABATÉ, L. *Sexualidad y Derecho. Elementos de sexología jurídica*. Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1976, p. 116-117. ROMO PIZARRO, O. *Medicina Legal. Elementos de ciencias forenses*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 290-291 y 328.

⁴¹ ELBERT, C.A. "La cuestión de los delitos sexuales en el Código Penal argentino". *Doctrina Penal*, 41 - 44, 1988, p. 27.

⁴² GAUTHIER, M. y SAUCIER, J. "Etude préliminaire de l'abus sexuel précoce". *Revue Canadienne de Psychiatrie*, 36, 6, 1991, p. 424-425.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal". *Polít. crim.* n° 1, A1, p. 1-19.

dice que este planteamiento revaloriza la dimensión biológica de la sexualidad, pues toma como base la época en que generalmente ocurre el proceso de maduración sexual y, al mismo tiempo, compatibiliza el hecho, suficientemente demostrado, de la imposibilidad de predecir o de cuantificar en forma previa la lesividad de una experiencia sexual, con el hecho, igualmente probado, de que tales experiencias –sea por su propia aptitud lesiva, sea por la actitud que adopta el entorno– en un elevado porcentaje de los casos resulta ser perjudicial para el menor.

Por otra parte, pese a que en las legislaciones del período de la Codificación fue usual que se estableciera un límite de edad distinto entre hombres y mujeres para la validez del consentimiento⁴³, en la actualidad prima el criterio según el cual el límite debe ser uno solo, en atención a que se encontraría científicamente demostrado que no hay diferencias a este respecto entre un sexo y el otro⁴⁴. Más aún, se ha dicho que las opiniones que postulan la diferenciación de edad para el consentimiento entre niños y niñas, normalmente no se fundan en criterios científicos, sino en prejuicios morales⁴⁵. De hecho, existe una resolución aprobada por el Parlamento Europeo, el 7 de febrero de 1994, que recomienda aplicar la misma edad mínima de consentimiento para los actos homosexuales y heterosexuales. Del mismo modo, a pesar de que en otras épocas los límites que establecían las legislaciones solían ser más elevados, hoy prevalece la opinión de que un límite de edad demasiado alto para la protección de los menores, frente a eventuales conductas corruptivas –además de ser incorrecto desde un punto de vista biológico– también es una forma de atentar en contra de los derechos del individuo, impidiéndole ejercer su libertad⁴⁶.

En estas circunstancias, si bien es acertada la decisión del Anteproyecto de mantener la figura de violación impropia y de equiparar a la víctima, sin distinción de género, no cabe decir lo mismo respecto de la fijación del límite de edad en doce años. Ciertamente, hubiera sido preferible fijarlo en trece años, como ha ocurrido en la mayor parte de los países que se han ocupado del tema durante los últimos años.

6. Delito de estupro

⁴³ WEST, D. J. "Homosexuality and social control". *Sexual Behaviour and Attitudes and their Implications for Criminal Law* (existe también versión en francés bajo el título *Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*), Estrasburgo : Centro de Publicaciones del Consejo de Europa, 1984, p. 131-132.

⁴⁴ DAVIS, M. *La sexualidad en la adolescencia*, p. 53.

⁴⁵ En general, sobre el tema, HORSTKOTTE, H. "Ages and conditions of consent in sexual matters". *Sexual Behaviour and Attitudes and their Implications for Criminal Law* (existe también versión en francés bajo el título *Comportements et attitudes sexuels et leurs implications sur le droit pénal*). Estrasburgo: Centro de Publicaciones del Consejo de Europa, 1984, p. 167-170. En general, sobre la evolución histórica del límite de edad, puede consultarse la misma fuente, p. 170-174.

⁴⁶ ZAFFARONI, E. R. *Sistemas penales y derechos humanos*. Buenos Aires: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986 p. 34. Desde una perspectiva más amplia, SPAGNOLO, G. "La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Año XXXIII, Milán, 1990, p. 72-77.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal".
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

El artículo 100 del Anteproyecto, sanciona a título de estupro, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, siempre que se actúe abusando o prevaleciéndose de:

1º. Una anomalía o perturbación mental de la víctima, aún transitoria, que no constituya enajenación o trastorno, en el sentido del número 3º del artículo 98;

2º. Una situación de necesidad o dependencia de gran importancia para la sobrevivencia, salud y seguridad personal de la víctima, aunque sea temporal, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, cuidado personal u otra semejante.

En relación con este delito es muy positivo que se haya eliminado la referencia al abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima –cuya pervivencia en el Código resulta francamente incomprensible en razón de su anacronismo–, como también es meritorio que el tipo no contenga ninguna referencia al engaño como modalidad ejecutiva. En relación con esto último, recordemos que la inclusión del llamado estupro fraudulento ha sido justamente cuestionada por los autores por estimar que lleva implícito el riesgo de incriminar situaciones que no suponen un verdadero atentado a los intereses sexuales de la presunta víctima⁴⁷; por su falta de contenido sociológico, pues, en verdad, resulta muy difícil imaginar que una persona entre los catorce y los dieciocho años pueda ser objeto de engaño en materias sexuales⁴⁸; y porque si a las personas mayores de catorce años se les reconoce autonomía decisoria en el plano sexual, "considerar el engaño como elemento apto para comprometer dicha libertad sólo podría hacerse desde una concepción mercantilizada e instrumental del ejercicio de la sexualidad, que pugna con la más moderna concepción de ella como un fin en sí mismo"⁴⁹. Además, entiendo que durante la tramitación de la ley N° 19.617, el Senado tuvo en cuenta estos planteamientos, al examinar otra propuesta que en definitiva no prosperó, dejando constancia en el sentido de que el engaño, dado el nivel de información sobre la sexualidad de que disponen actualmente los jóvenes, no era una circunstancia de tanta relevancia social que justificase reprocharla penalmente⁵⁰.

Lo que sí resulta criticable es el uso alternativo de las fórmulas verbales abusando o prevaleciéndose, como si se tratara de cosas distintas, cuando en verdad ambos términos son sinónimos. El término abuso, en efecto, si bien en el ámbito jurídico se le utilizó en otra época sólo para referirse al aprovechamiento de una cosa o de una función, hoy se encuentra plenamente aceptado su empleo en referencia a las personas. Así, se considera

⁴⁷ De esta opinión, SAINZ CANTERO, J. A. "La reforma del derecho penal sexual". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1978, p. 860.

⁴⁸ CARMONA SALGADO, C. "Delitos contra la libertad sexual". Cobo Del Rosal et al: *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 298.

⁴⁹ MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R. "Delitos contra la libertad sexual", en Quintero Olivares et al. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 254. Sobre el proceso de reforma que llevó a prescindir en Italia de la fórmula del engaño, ROMANO, B. *La tutela penale della sfera sessuale*, p. 104-105.

⁵⁰ El criterio de la Comisión Mixta, sin embargo, fue muy diferente: la mayoría de sus miembros postuló que la manera más apropiada de proteger la autodeterminación sexual de los menores era por medio de la mantención del engaño entre las hipótesis del estupro y, por extensión, en el delito de abuso sexual. *Informe de la Comisión Mixta*, p. 16-17.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

que en el ámbito penal la expresión lleva implícita las ideas de interacción entre dos o más individuos; de aprovechamiento de una posición ventajosa por parte de uno, en desmedro de otro u otros, y la de ausencia de voluntad de quien asume la condición de víctima⁵¹. Ello, pese a que en otros sectores del derecho, aquél se sigue utilizando conforme a la acepción tradicional de mal uso o uso excesivo de un derecho o de una función⁵². El verbo prevaler, por su parte, utilizado pronominalmente, alude –según el Diccionario de la RAE– al hecho de “valerse o servirse de algo para ventaja o provecho propio”.

De manera, entonces, que, referida a personas, la cláusula prevaliéndose que figura en el artículo 100 del Anteproyecto, tendría que ser interpretada en el mismo sentido que la fórmula abusando, es decir, en alusión al aprovechamiento de una persona por parte de otra. En tales circunstancias, es previsible que el empleo conjunto de ambas expresiones lleve a consecuencias interpretativas no deseadas, con mayor razón si se considera que otros artículos del mismo apartado emplean, además, el verbo aprovechar(se), como sucede, por ejemplo, en el artículo 98.

⁵¹ En extenso sobre el significado del vocablo *abuso* en el campo de la criminalidad sexual, RODRÍGUEZ COLLAO, L. “Delimitación del concepto de abuso sexual”, en De Figueiredo Dias et al. *El penalista liberal* (Libro de Homenaje al Profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 579-586.

⁵² Cfr. GOLDSTEIN. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, 1983, p. 13 y QUIJADA, *Diccionario jurídico*, Santiago, 1994, p. 6.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

7. Delito de abuso sexual

El Anteproyecto, en verdad, no utiliza la locución abuso sexual, pese a que sí contempla otras fórmulas denominativas dentro del acápite que destina a esta clase de infracciones; como, por ejemplo, violación y estupro. No obstante lo anterior, pensamos que es acertado el uso de aquella nomenclatura, al menos respecto de una porción de los tipos que dicho texto normativo prevé, los cuales tienen como antecedente el delito de abusos deshonestos que contemplaba el texto original del Código Penal chileno y el delito de abuso sexual –o de abusos sexuales– que introdujo la reforma del año 1999.

En efecto, recordemos que el antiguo artículo 366 del Código Penal chileno sancionaba el hecho de “abusar deshonestamente de persona de uno u otro sexo...” y que esta disposición se situaba en un párrafo 6º, cuyo epígrafe rezaba literalmente: Del estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos. La terminología utilizada en el precepto y en la rúbrica que lo precedía fue determinante para que la totalidad de la doctrina científica y jurisprudencial designara esta figura como abusos deshonestos⁵³. Por su parte, la rúbrica actual del mismo párrafo es "Del estupro y otros delitos sexuales" y el texto vigente del artículo 366 describe la conducta como "realizar abusivamente una acción sexual", lo que – junto a otros antecedentes históricos que no es del caso reseñar aquí– ha llevado a la doctrina a sostener que la denominación más acorde con el tenor de la ley es, precisamente, la de abuso sexual⁵⁴.

Por último, el artículo 101 del Anteproyecto sanciona al que, “sin la voluntad de la persona ofendida, realice en su cuerpo cualquier acto de significación sexual y relevancia”. Pese a que la norma no exige que el hechor actúe abusivamente, como sí lo hacen, por ejemplo, los artículos 98 y 100, pienso que la denominación más apropiada para esta figura delictiva sigue siendo la de abuso(s) sexual(es). Ello, no sólo en razón de ser la continuadora de otras figuras análogas y por el imperativo de mantener una tradición sólidamente afianzada en el ordenamiento jurídico chileno, sino principalmente en virtud de que la conducta típica corresponde a una forma de abuso, en los términos ya explicados⁵⁵.

Por lo que respecta a la estructura del tipo, es meritorio que el Anteproyecto mantenga la exigencia de que el acto revista carácter sexual y una cierta relevancia. En relación con la primera, cabe hacer notar que la figura no contempla el requisito alternativo de un contacto corporal o la afectación de los genitales, el ano o la boca de la víctima, como la hace el

⁵³ETCHEBERRY, A. *Derecho penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, IV, p. 68; GARRIDO MONTT, M. *Derecho penal*, III, p. 313 y LABATUT, G. *Derecho penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, II, p. 142.

⁵⁴En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, p. 185. Otros autores optan por la denominación de *abusos sexuales*; así, por ejemplo, MALDONADO, F. “Los delitos contra la libertad sexual” (notas de actualización), en GARRIDO MONTT, M.: *Derecho Penal*, 2002, p. 393 y POLITOFF /MATUS /RAMÍREZ. *Lecciones de derecho penal chileno*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 269.

⁵⁵Desde luego, hubiera sido preferible que la norma expresamente exigiera abuso, aprovechamiento o prevalimiento, como lo hace en los artículos precedentes.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal". *Polít. crim.* n° 1, A1, p. 1-19.

artículo 366 ter actualmente vigente, de manera que la índole sexual de la conducta podrá deducirse, ya de su vinculación con el impulso venéreo (como ocurre hoy), ya de la simple afectación de los órganos genitales del agredido.

Apreciado el tipo en su conjunto, éste sigue albergando una serie de situaciones superfluas y algunas valoraciones que carecen por completo de justificación, todo ello en el contexto de un casuismo que hubiera sido preferible evitar. Así, por ejemplo, no se divisa la razón para contemplar de manera específica la introducción de partes del cuerpo o de objetos de cualquier índole, salvo que se quisiera dejar en claro que estas conductas configuran este delito y no el de violación o el de estupro, pero para ello hubiera bastado con perfeccionar la fórmula típica de estas últimas infracciones. Tampoco existe una razón que justifique la pena más severa prevista para estas conductas en relación con otras formas de comportamiento sexual abusivo, porque en verdad existen numerosas acciones encuadrables en esta figura, que son mucho más graves que la introducción de objetos o de partes del cuerpo del autor, desde el punto de vista de la protección que se pretende brindar a los intereses en juego. Con todo, ya que se optó por incluir aquellas formas específicas de abuso sexual, ha de juzgarse positivamente el hecho de que se excluyera a la boca como vía de acceso apta para realizar la introducción de los objetos o de las partes del cuerpo.

Algo similar cabe decir respecto de la curiosa referencia que contiene el artículo 102 al empleo de animales para la realización de la conducta sexual abusiva. Al margen de lo inelegante que resulta entrar en ejemplificaciones de esta índole en el plano normativo, es incomprensible que el uso de animales haya sido erigido como la forma más grave de comportamiento sexual abusivo –recordemos que hoy aparece equiparado a la introducción de objetos–, privando al juez de la posibilidad de apreciar en justicia las circunstancias en que hubiere sido efectuado⁵⁶. Ciertamente, la conducta que comentamos implica un trato especialmente vejatorio para la víctima, pero existiendo otros comportamientos tanto o más vejatorios que aquél, hubiera sido preferible consignar una agravante en esos términos, como efectivamente ocurre en otros ordenamientos.

Por último, no resulta comprensible que –en virtud de lo que dispone el artículo 103 del Anteproyecto– la introducción de objetos o partes del cuerpo y el uso de animales resulten equiparados en cuanto a la pena cuando la víctima es menor de doce años, pero que no suceda lo mismo en el resto de los casos.

8. Incriminación y desincriminación de conductas

⁵⁶ OLIVER CALDERÓN, G. "Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el Código Penal español de 1995". *Revista de Ciencias Penales* (Asociación Española de Ciencias Penales). Vol. III, 1-2, 2000, p. 162-163.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. "Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal". *Polít. crim.* n° 1, A1, p. 1-19.

Es particularmente meritorio que el Anteproyecto –siguiendo la tendencia predominante en el derecho extranjero⁵⁷– no incluya el tipo de incesto, que actualmente contempla el artículo 375 del Código Penal. Dicha figura, en cuanto pretende sancionar una forma de relacionamiento sexual mutuamente consentido entre parientes adultos, atenta contra el principio de lesividad, al no existir un interés personal merecedor de tutela penal, y encubre la realidad de un castigo que se funda en consideraciones estrictamente morales.

Lo mismo cabe decir de la decisión de no incluir la figura de sodomía que, bajo la apariencia de un delito de corrupción de menores, hoy contempla el artículo 365 del Código Penal, que sanciona a quien accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro. En efecto, teniendo presente que estos delitos captan la totalidad de las situaciones en que un varón adulto accede carnalmente a otro sin su voluntad o encontrándose ésta viciada, la figura que comentamos en definitiva capta aquellas situaciones en que se produce un intercambio sexual mutuamente consentido entre varones. El evidente atentado contra el principio de lesividad y los rasgos discriminatorios de la figura, determinan que la decisión de los redactores del Anteproyecto se encuentre plenamente justificada.

Similares comentarios suscita la decisión de no incluir una figura como la que actualmente contempla el artículo 373 del Código Penal, que sanciona a los que “de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código”. Esta disposición, pese a que admite una forma de interpretación acorde con las exigencias que impone el principio de taxatividad⁵⁸, en la práctica puede conducir –y de hecho así ocurre– a una aplicación abusiva, amparada, precisamente, en la amplitud de sus términos, situación que justifica plenamente que el Anteproyecto la omita.

También merece ser juzgado positivamente que el Anteproyecto no incluya una figura compleja como la que actualmente contempla el artículo 372 bis del Código Penal, que sanciona a quien con ocasión de violación cometiere, además, homicidio en la persona de la víctima⁵⁹. La opción de dicho cuerpo pre-legislativo permitirá ofrecer una solución más justa para aquellos casos en que la víctima muere con ocasión de un atentado sexual, apreciando en cada caso el desvalor de la acción ejecutada (que no tiene por qué ser necesariamente un acceso carnal constitutivo de violación) y la intensidad de la posición

⁵⁷ JÄGER, H. "Política jurídico-penal y ciencia", p. 289 y LAMBERTI, S. "Reflexiones sobre la necesidad de incriminación autónoma del incesto", en Giberti et al. *Incesto paterno-filial*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998, p. 214-218. Recordemos que, salvo en el Código Penal de 1928, la legislación española nunca ha tipificado el incesto de manera autónoma. Sobre las diversas soluciones legislativas frente al castigo de las relaciones incestuosas, con acopio de antecedentes históricos, además de los textos recién indicados, TIEGHI, O. *Delitos sexuales*. Buenos Aires: Abaco, 1983, I, p. 383-399.

⁵⁸ RODRÍGUEZ COLLAO, L. *Delitos sexuales*, p. 241-243.

⁵⁹ En relación con las dificultades interpretativas que plantea esta figura, POLITOFF /MATUS /RAMÍREZ: *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, p. 264-265; RODRÍGUEZ COLLAO, L. *Delitos sexuales*, p. 273-276.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”.
Polít. crim. n° 1, A1, p. 1-19.

ánimica del sujeto en relación con la muerte. Todo ello, por aplicación de las reglas generales sobre concursos de delitos.

Comentarios muy distintos, en cambio, merece la forma en que el Anteproyecto aborda el tema de la prostitución infantil y juvenil. El artículo 108, en efecto, dispone que “el acceso carnal o la realización con o por parte de un menor de un acto de significación sexual y relevancia, obtenidos a cambio de dinero u otra prestación de carácter pecuniario, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. Esta disposición trae consigo varias consecuencias francamente lamentables. En primer término, de aprobarse la disposición, el acceso carnal y el resto de las acciones de significación sexual quedarán equiparadas en cuanto a la pena cuando mediere precio, en circunstancias que de no concurrir este elemento darían lugar a títulos de castigo diferentes, cada uno con su propia penalidad. Asimismo, el pago de una suma de dinero o la entrega de una prestación pecuniaria, determinará que resulten equiparados en cuanto a la pena el hecho de actuar sin la voluntad de la víctima, el hecho de mediar un consentimiento viciado y el hecho de existir una voluntad válidamente emitida en orden a la realización de la actividad lúbrica, situaciones que a lo largo del articulado del Anteproyecto son valoradas con distinta intensidad en orden a la magnitud del castigo.

En estas circunstancias, la norma del artículo 108 queda desprovista de todo fundamento vinculado con la protección de los intereses sexuales del individuo y no pasa de ser una forma de penalizar el trato carnal mediante precio, un asunto que sólo atañe al campo de la moral. Ahora, de existir consenso en cuanto a la necesidad de castigar más severamente las relaciones sexuales obtenidas mediante el pago de una recompensa, hubiera sido preferible elevar esta circunstancia a la categoría de agravante aplicable al delito que efectivamente se configure en cada caso concreto.

Una situación análoga se produce a raíz de la tipificación del delito de favorecimiento de la prostitución contemplado en el artículo 107 del Anteproyecto, que sanciona al que promueve o facilita esa actividad respecto de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro. El tipo, en efecto, no distingue en cuanto a la edad de la persona prostituida, ni a sus condiciones personales, ni a la naturaleza de la actividad sexual que es promovida o facilitada por el autor. Tampoco considera si es o no voluntario el ejercicio de la actividad sexual por parte de la persona prostituida. De este modo, la aplicación del tipo indefectiblemente acarreará una serie de distorsiones valorativas, tal como las produce la figura análoga actualmente vigente⁶⁰. Hubiera sido preferible, en consecuencia, suprimir esta figura y dejar que los actos de rufianería queden sometidos a las reglas generales sobre autoría y participación criminal.

⁶⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, L. *Delitos sexuales*, p. 226-227.