

Minuta de la exposición: Delitos contra la libertad sexual de niños, niñas y adolescentes en el proyecto de nuevo Código Penal

Jaime Couso Salas

En lo que sigue me referiré, de forma algo fragmentaria, por razones de tiempo, a algunas cuestiones relevantes para evaluar la regulación de los delitos contra la libertad sexual de niños, niñas y adolescentes (NNA) en el Proyecto de nuevo Código Penal, cuya tramitación se inició por Mensaje del presidente de la República 431-369, del 6 de enero de 2022 (proyecto de nuevo CP). He procurado centrarme en cuestiones que, para bien o para mal, representan cierta novedad en comparación con las reglas vigentes o las que se han planteado en los anteproyectos de nuevo CP que han servido de base a la discusión prelegislativa.

1. Sobre la estructura general de la regulación

- El párrafo 2 del Título III del Proyecto de nuevo CP, relativo a “atentados sexuales” contra niños, niñas y adolescentes, en primer lugar sanciona de manera especial figuras que ya tienen una contraparte en la regulación genérica, del párrafo 1 del mismo Título, es decir, abusos sexuales, estupro y violación. Junto a ello, en segundo lugar, sanciona conductas que solo se tipifican respecto de sujetos pasivos menores de edad, como las “interacciones sexuales”. Adicionalmente, en el párrafo 4 del Título XII, junto con otra figura especial, tipificada a continuación del respectivo tipo genérico, el proxenetismo, se sancionan nuevamente tipos especiales relativos a la obtención de servicios sexuales de adolescentes, a cambio de cualquier tipo de retribución (concepto que también forma parte del tipo de trata de personas, en el art.207), y a la producción y distribución de pornografía de NNA (que ya venía definida en el art. 40, sobre definiciones generales).

- Concentrando la atención en los delitos del párrafo 2 del Título III, es decir, los abusos sexuales y la violación contra NNA, formalmente parecen construirse como casos especiales frente a los delitos sexuales del párrafo 1, dando lugar a figuras calificadas, con mayor pena que estos. Así, los tipos genéricos quedarían desplazados por la ley especial, salvo tratándose de “atentados sexuales” que no califiquen como “abuso sexual” contra NNA por faltar calificantes del art. 220; en tal caso, será entonces aplicable el tipo genérico del art. 215 a adolescentes, de 14 a 18 años (en cambio, tratándose de niños y niñas, menores de 14, se aplica el abuso sexual del art. 223, con mayor pena, y que no exige circunstancia alguna).
- Con todo, la falta de simetría que se presenta en ciertos casos entre los tipos “genéricos” del párrafo 1 y su contraparte “especial” del párrafo 2, plantea inconsistencias valorativas:
 - Así se advierte en el contraste entre, por una parte, el abuso sexual genérico, del art. 215, que exige la concurrencia de circunstancias que fundamentan un grave atentado contra la libertad sexual (incluyendo la violencia o intimidación, entre otras), así como el abuso sexual de NNA, del art 220, que, con menor pena añade otras circunstancias que fundamentan un atentado menos intenso a la libertad sexual, ante situaciones de vulnerabilidad, y, por otra parte, el abuso sexual de niños y niñas, del art. 223, que solo exige minoría de (14 años de) edad, sin exigir, pero también sin valorar ninguna de aquellas circunstancias, volviendo aparentemente irrelevante, como se verá, el mayor desvalor que ellas reflejan, en la intensidad del atentado contra la libertad sexual.
 - Lo propio ocurre en la relación entre violación del art. 218 y la violación de niños y niñas del Art. 225

En esos casos, a menos que se postule un concurso ideal entre el delito genérico (que toma en cuenta las circunstancias de violencia o amenaza grave, etc.) y el delito específico (que toma en cuenta la minoría de edad), concurso cuya recepción en tribunales es improbable, dado que el tipo especial aplicable a menores de edad ya tiene mayor pena que el genérico, la concurrencia de aquellas circunstancias que en el tipo genérico fundamentan un atentado cualificado contra la libertad sexual quedan sin valoración, devaluándose con ello una dimensión importante, en mi opinión, del atentado contra la libertad sexual de niños y adolescentes. Así, para el Proyecto, el delito de violación “impropia”, o *statutory rape* (según su denominación angloamericana) perpetrado con consentimiento del niño o niña, merece, en términos del injusto penal típico realizado y conminado con una determinada, la misma valoración que la violación perpetrada con violencia o amenaza grave contra una niña o niño de la misma edad.

- Finalmente, la casuística de la regulación, que exige reiterar, respecto de diversas figuras típicas, combinando de distinta forma las mismas modalidades de comisión y las mismas circunstancias calificantes, conduce a algunas inconsistencias que deben examinarse. Una de ellas consiste en la omisión, en el delito de abuso sexual de NNA, del art. 220, de una referencia a quien realiza sobre el sujeto pasivo la acción sexual (solo se considera a quien hace al sujeto pasivo tolerar la acción o realizarla sobre su cuerpo), conducta que, es cierto, en general podría castigarse recurriendo a la figura genérica del atentado sexual (contra la voluntad), pero no en todos los casos, pues este delito no cubrirá hipótesis relevantes como, por ejemplo, los casos en que por necesidad económica o desamparo el niño o niña tome cierta iniciativa, que parece incompatible con la afirmación de que el autor le hizo tolerar la conducta, o que esta se realizó “contra su voluntad”. Otra

inconsistencia consiste en la no consideración de otras formas de grave afectación de la libertad sexual de las y los adolescentes (mayores de 14 y menores de 18 años), que deberían ser tenidas en cuenta para efectos de su calificación como estupro (o violación), como las amenazas punibles que no alcancen a configurar “amenaza grave” (y si bien podría argumentarse que en tal evento es aplicable la circunstancia del art. 220 de “aprovecharse de la falta de madurez para manifestar voluntad contraria”, se trataría de una circunstancia que no considera directamente la coerción sufrida, y que no es claro que abarque, por tanto, la situación de amenaza en contra de un o una adolescente suficientemente maduros); ese vacío deja estos hechos en el campo de los “atentados sexuales” genéricos del art. 215 (pues ciertamente son acciones sexuales “contra la voluntad” del adolescente), con una pena que no refleja la intensidad de la coerción ejercida.

2. Valor del consentimiento del NNA y bien jurídico protegido

Más allá de lo señalado, la regulación propuesta plantea la cuestión, en términos más generales, del valor que tiene o deja de tener el consentimiento de NNA en las acciones sexuales en las que se involucren. La cuestión tiene relación con la concepción que se tenga sobre el bien jurídico protegido, que a su vez se traduce en el tratamiento de los casos de acciones sexuales en que NNA se vean envueltos con personas que, usando al expresión del CP español, les son “próximas” “...por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.

La regulación propuesta por el proyecto no innova, al respecto, definiendo el abuso sexual de menor de 14 años en términos formales, a partir de la edad del sujeto

pasivo, sin referencia al consentimiento ni a circunstancia que lo vicie, o a la diferencia de edad con el autor.

Esa opción podría parecer atractiva por ser la que más enérgicamente protege al sujeto pasivo, al no exigir nada más que la minoría de edad, y no hacer excepción alguna en atención al consentimiento prestado por el sujeto pasivo o por el tipo de relación que tiene con el hechor (por ejemplo, ser su pareja, tener cierta proximidad de edad o madurez); pero, como contrapartida, fuera de mantener la insatisfactoria rigidez en que, bajo la regla del art. 4 de la LRPA, queda la regulación de los contactos sexuales entre preadolescentes y adolescentes penalmente responsable, o entre adolescentes y “menores adultos” (ligeramente mayores de 18 años), tiende a hacer desaparecer la libertad sexual como bien jurídico, e incluso la indemnidad (que supone circunstancias que fundamentan, siquiera un peligro abstracto de daño al desarrollo sexual, más allá de la mera precocidad), sustituyéndolos por una suerte de intangibilidad sexual completa por debajo de los 14 años, incluso respecto de pares o “próximos” (para seguir con el lenguaje del CP español). Una solución distinta, más razonable en mi opinión, y de todos modos preocupada de la eficacia de la protección, es la del art. 183 bis del CP español, que precisamente da valor al consentimiento y a la libertad sexual de NNA, y a su sano (no nulo, proscrito) desarrollo sexual, en la hipótesis de proximidad en edad o madurez física o psicológica entre quien aparece como autor y quien aparece como víctima.

Más allá del tratamiento de las acciones sexuales con personas en situación de proximidad, la desvalorización de la libertad sexual se ve reflejada en el problema apuntado al hablar de la estructura de la regulación. El acento puesto en la minoría de 14 años, para el abuso sexual y para la violación, se traduce en una desvalorización de las circunstancias de violencia, amenaza grave y abuso de vulnerabilidad, un

defecto que no se ve en cambio, en otras regulaciones en el derecho comparado (la española, sin ir más lejos) ni en anteproyectos anteriores disponibles en la discusión prelegislativa chilena.

3. Sobre el error vencible acerca de la edad u otra circunstancia que fundamenta el injusto del hecho

Una novedad de la regulación propuesta es el castigo de los delitos sexuales imprudentes, cuando la imprudencia consista en la suposición errónea, de parte del autor, de que cuenta con la voluntad del sujeto pasivo. Sin perjuicio de que habrá que evaluar la conveniencia de esa cláusula, frente a la alternativa (polémica, por cierto) planteada por la doctrina que postula la irrelevancia del error condicionado por “ceguera ante los hechos provocada” (doctrina muy probablemente asumida por la práctica judicial), en línea con una normativización del concepto de dolo, el hecho de que esta nueva figura imprudente se refiera únicamente a los delitos del párrafo 1 la hace inaplicable a uno de los casos más características que dicha doctrina busca resolver: el error, fundado en indiferencia, respecto de la edad del sujeto pasivo menor de edad en los así llamados delitos sexuales impropios. De modo que si la cláusula se ha de mantener (personalmente, me parece preferible hacerlo así, en lugar de contar con, y avalar que los tribunales desconozcan la relevancia del error de tipo), parece lógico extenderla a esta última hipótesis de error. Consagrar la cláusula para las figuras genéricas viene a desarticular, en buena medida, a la doctrina de la ignorancia antes los hechos provocada, de modo que no extenderla a los tipos especiales deja sin respuesta al aplicador del derecho ante uno de los casos más relevantes.

4. ¿Conveniencia de consagrar el consentimiento positivo?

En atención al debate que globalmente se ha producido a este respecto, cabe preguntarse si hace bien la regulación propuesta en consagrar un modelo de consentimiento negativo (“no es no”), como ocurre en la tipificación del atentado sexual del art. 215, también aplicable a NNA, y no ir “más allá”, a un modelo de consentimiento negativo (“solo sí es sí”). Respecto de sujetos pasivos menores de edad en alguna medida se recoge la idea del consentimiento positivo en el castigo, como abusos sexuales o como estupro, de la acciones sexuales realizadas mediante aprovechamiento de su falta de madurez para manifestar su voluntad contraria; a su respecto, solo sí es sí; más aún, se exige un “sí” dotado cierta madurez. Esa regulación se justifica respecto de menores de edad, pero precisamente por fundarse en su falta de madurez, deja patente el contraste con la regla general: cuando faltan las circunstancias que respecto del abuso sexual y la violación dan cuenta del atentado contra la libertad sexual (la violencia o amenaza grave y las demás señaladas por la regulación), si no se está en presencia de voluntad contraria a la acción sexual, no hay atentado sexual (lo que no supone, por cierto, una exigencia de manifestación de voluntad contraria -hechos concluyentes u otras circunstancias, como la amenaza no constitutiva de “amenaza grave”, pueden bastar-, sin perjuicio del problema de la prueba de la voluntad contraria y del tratamiento del error).