

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Rossi, señora Allende y señores Araya, Espina y Walker (don Patricio), para modificar el Código Penal en lo relativo a la determinación de la pena en los delitos de violación y de violación con homicidio.

1. Fundamentos. La libertad tiene un carácter complejo, con múltiples dimensiones en referencia a la satisfacción de necesidades en la relación social, de ahí la justificación de la protección de la intimidad, de la libertad sexual, de la libertad ambulatoria, etc. En síntesis todo gira en torno a la capacidad de actuación, pero especificándose sus dimensiones. En este sentido libertad y seguridad son indisolubles, la seguridad es presupuesto de la libertad. La seguridad está constituida por todas aquellas circunstancias objetivas que posibilitan la capacidad de actuación, es por tanto, un concepto objetivo y no subjetivo (es decir, no se identifica con el temor o miedo) es el nexo indispensable que ha de existir entre la potencia y acto¹. La afección de la seguridad altera este nexo, distancia o aleja totalmente a la potencia del acto. De ahí que ha de considerarse tanto los delitos que afectan a la seguridad como a la libertad, pero partiendo del supuesto que son conceptos indisolubles y la seguridad no es concebible sino como un presupuesto de la libertad.

En relación con la seguridad, no se aspira a la absoluta carencia de riesgos o de peligros, pues la seguridad está protegida en un contexto social en donde es de la esencia que exista riesgo y el legislador lo que trata es de minimizar los riesgos.

El Código Penal en el título VII recoge una serie de hechos delictivos bajo la denominación de delitos contra el "Orden de las familias y la moralidad pública", términos vagos e imprecisos, que hacen alusión fundamentalmente a criterios de carácter moral que se utilizan para encarar legislativamente la cuestión sexual². Tal planteamiento es ajeno al derecho penal moderno, propio de una sociedad pluralista, cuyo objetivo no puede ser la protección de determinadas ideas o concepciones de algunos o muchos sobre los comportamientos³, sino que debe ser la de proteger una determinada zona en el mundo de las relaciones sociales de los sujetos, que pueden en un momento determinado ser altamente conflictivas y que en el conflicto puede producir graves daños al sujeto y a la sociedad". Un tratamiento moderno y democrático de la cuestión sexual, basado en la libertad, ha de excluir un planteamiento macrosocial, que siempre será de carácter ideológico, y desarrollar una concepción personal (microsocial), necesariamente afinada en la libertad sexual⁴. Por eso tiene razón Bustos cuando afirma que la cuestión sexual sólo se puede concebir ligada al derecho penal en cuanto éste pretende justamente un mayor desarrollo de la persona en sus relaciones sociales; aquella está, por tanto, estrechamente vinculada a la libertad sexual⁵. Como en general sucede con la libertad, no sólo se protege la capacidad de actuación, sino también la seguridad de la libertad, esto es, los presupuestos objetivos de ella, lo que en la doctrina moderna ha sido denominado "intangibilidad" o "indemnidad sexual"⁶. Se trata de un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de la libertad personal,

cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual, actual o potencial (con relación a los menores) como valor en suma de una sociedad pluralista y tolerante⁷.

La actividad sexual en sí, cualquiera que ella sea, no puede ser castigada⁸. Esto significaría un contrasentido del derecho penal. Por el contrario, como forma de desarrollo del sujeto (expresada en sus relaciones sociales), lo que ha de tender el derecho penal es a evitar que en las zonas de conflicto desaparezca la posibilidad del sujeto de ejercer su capacidad de actuación en el ámbito sexual. Es por eso que una concepción moralista es ajena a la concepción de un derecho penal moderno y, por el contrario, opuesta a ella pues justamente en vez de tender al desarrollo del sujeto se inclina por su opresión.

La violación es punible no por la actividad sexual en sí, sino porque tal actividad sexual se lleva a cabo sobre la base del abuso de la libertad sexual de otro. Si el derecho penal ha de intervenir ha de ser para poner de manifiesto que tal conflicto entre la libertad sexual de uno y otro sujeto ha de darse sin la opresión de ninguno de ellos. Por eso lo que se castiga es el uso de la fuerza, la intimidación o el de prevalerse de determinadas circunstancias en que se encuentra el otro sujeto (la víctima).

En este sentido, las estadísticas disponibles a nivel nacional en el primer semestre del año 2016, tratándose del delito de violación indican que el número de ingresos

¹ Cfr. GALTUNG, Johan, "Violence, peace and peace research", en *Journal Peace Research*, 3, p. 66 y ss.

² Cfr. ETCHEBERRY, Alfredo, "Derecho Penal", IV, p. 9; sobre el particular observa ETCHEBERRY que "en los delitos de este grupo aparecen protegidos ciertos bienes que no son ya puramente individuales, sin llegar a afectar al común de la sociedad", luego señala "puede advertirse que hay que renunciar a la búsqueda de un bien jurídico único que pueda servir como idea central de todas las infracciones aquí reguladas: el propio legislador, en el epígrafe ha reconocido más de uno". En contra este criterio, GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", p. 132, nota 13, para quién ni por un instante sus razonamientos buscan apoyo en el epígrafe del título VII..., "no es de sorprender que, con alguna frecuencia, denoten infielmente la voluntad de la norma que importa comprender", en igual sentido a la crítica a la sistemática del código LABATUT, Gustavo, "Derecho Penal", II, p. 5; POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA, "Derecho penal Chileno", p. 30.

³ Cfr. ROXIN, "Derecho Penal", p. 52, quién categóricamente propone la exclusión de las meras inmoralidades del Derecho Penal. En las acciones que se consideran inmorales de modo general falta una "real causalidad lesiva", y por ello, según esta teoría sólo pueden entenderse como infracciones contra "conceptos generales" como la moral, pero no como lesiones de bienes jurídicos; en sentido análogo RODRIGUEZ COLLAO, "Delitos Sexuales", p. 96, quien señala como límite al sistema de los delitos sexuales el principio de exclusión de valores ideológicos.

⁴ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, p. 236, en sentido análogo POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA, ob. cit. p.34, QUINTERO OLIVARES, "Comentarios al código penal", p. 228.

⁵ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, p. 84 ss, 218 ss; sentencia de la Corte Suprema.

⁶ Cfr. GONZALEZ RUS, 1982, p. 283 ss; CARMONA, 1982, p. 40 ss; COBO, p. 402 ss.

⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, ob. cit. p.228.

⁸ Cfr. González Rus, 1982, p. 246.

con imputado conocido es de 5.663 correspondiendo a un porcentaje de 56,81% dentro del universo de los delitos sexuales. Si bien lo anterior no significa un índice de condenas ni resultados investigativos óptimos, en este sentido resulta relevante la incidencia de este tipo de delitos en este segmento. Por otro lado, la demanda generalizada por detener el ejercicio de la violencia en la sociedad, específicamente a las mujeres, llevan a sostener la necesidad de revisar el estatus de la penalidad en esta clase de delitos.

2. Ideas Matrices. El presente proyecto, tiene por finalidad incorporar una nueva regla consiste en la eliminación de las reglas de apreciación de circunstancias atenuantes o agravantes en estos delitos, siguiendo la tendencia trazada por otras leyes especiales, a objeto de establecer un régimen diferenciado en la conmensuración legal de las penas, es decir, que permitan garantizar cumplimiento efectivo en aquella hipótesis más graves de los delitos que atentan contra la libertad sexual, más cuando se ejerce fuerza o violencia o estas pueden significar la pérdida de la vida de la víctima. En efecto la norma sólo resulta aplicable a la violación cuya penalidad oscila de presidio mayor en su grado mínimo a medio, es decir, 5 años y un día a 15 años; la violación impropia (menor de 14 años), es decir, presidio mayor en cualquiera de sus grados (5 años y un día a 20 años) y la violación con homicidio, cuya punibilidad es de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado. En síntesis a regla permitirá aplicar la pena dentro del marco enunciado por el legislador evitando el efecto de rebaja de las circunstancias atenuantes en caso de concurrir.

Es sobre la base de estos antecedentes que venimos en proponer el siguiente:

Proyecto de ley

Artículo Único. Incorpórase en el Código Penal el siguiente artículo 372 quáter nuevo:

"Art. 372 quáter. Para determinar la pena de los delitos comprendidos en el artículo 361, 362 y 372 bis, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 del presente Código y dentro del límite del grado señalado por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia".