Boletín N° 11.862-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Muñoz, Allende y Órdenes, y señor Latorre, con la que inician un proyecto de ley que modifica el Código Penal en materia de acoso sexual.

Antecedente Histórico-Jurídico

En la Antigüedad, era frecuente diversas formas de agresión sexual por ejemplo la que ejercía un amo o ama en contra de esclava o esclavo o en contra de sirviente sin ser esclavo(a), hecho que no era punible en contra del agresor porque se consideraba dueño de la persona agredida. Si bien esa conducta se repetía cuando los ejércitos invadían otros territorios a título de conquista, muchas veces se incurría en otras formas de agresión que incluía hasta la violación. Mención ejemplar cabe señalar los casos de Roma, Atenas, Babilonia, Persia, China, entre otros.

En la Edad Media, se observaba homólogo comportamiento respecto de la Antigüedad, pero donde imperaba el sistema feudal, el señor feudal se consideraba con derecho a tener relaciones sexuales con las campesinas de su dependencia, lo que se denominó en esa época "derecho de pernada".

En la Época Contemporánea, la industrialización que comienza específicamente en Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVIII y se expande por Europa en la segunda mitad del siglo XIX, hace crecer exponencialmente el número de trabajadores y en ciertas rubros de trabajadoras, las que en ocasiones se veían expuestas a una conducta de molestia sexual por regla general de parte de empleadores o jefes y en menor grado de trabajadores con igual o similar rango. Las diversas legislaciones penales de los países europeos y americanos solo contemplaban una conducta punible cuando el acto violación o abuso deshonesto, denominación que en esa época se utilizaba, pero no se reconocía como agresión sexual el crear un ambiente intimidante de tipo sexual.

Paralelamente se exigía a los funcionarios públicos un comportamiento probo, y se incumplía esta norma cuando un funcionario público solicitaba favores sexuales a una mujer que tuviera tramitación pendiente de su resolución o si esta persona era hombre y el funcionario solicitare favores sexuales respecto de su cónyuge u otro pariente femenino; en tal caso legislaciones como la alemana, francesa, italiana, española lo contemplaban como delito con penas de prisión de 6 meses a 6 años, además de inhabilitación. Criterios similares se establecían en legislaciones latinoamericanas, entre otras por la colombiana, peruana, chilena. El tipo penal establecida en el derecho comparado de la época era acotado a un funcionario público sea éste genéricamente catalogado como empleado público y

específicamente referido al ámbito judicial u hospitalario, en tanto la víctima según la tipificación de la legislación chilena tenía que ser mujer solamente.

De esta manera las legislaciones extranjeras que datan del siglo XIX y que se recogen en el siglo XX, cuando el hechor era funcionario público que en el ejercicio de esa función cometía el hecho inicialmente en contra de una mujer pero forma posterior incluye a una persona pudiendo ser la víctima tanto hombre como mujer, que en forma circunstancial, temporal o por un tiempo prolongado dependía de aquel; pueden citarse a manera de ejemplo en el derecho comparado los siguientes:

En Alemania, el que realizare actos sexuales con un recluso custodiado por orden de la autoridad, que le fue confiado para vigilarlo, educarlo y formarlo y aprovechándose de su posición o con un interno de un establecimiento de enfermos tiene una pena de reclusión hasta 5 años o multa.

En Francia, la agresión sexual abusando de la autoridad que le confieren sus funciones tiene un apena de hasta 7 años y multa.

En Italia, la conjunción camal con persona arrestada o detenida se sanciona con una pena de 1 a 5 años.

En España, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior, incurriendo también en el delito si la solicitud se hiciere al cónyuge o persona ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adopción, afines en los mismos grados, se le impondrá una pena de prisión de 1 a 4 años e inhabilitación absoluta de 6 a 12 años; si el hecho fuere cometido por un funcionario de instituciones penitenciarias o centro de protección de menores cometido en contra de las personas o parientes precedentemente señalados la pena será de prisión de 1 a 4 años y la misma de inhabilitación.

En Colombia, el empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones solicitare a una persona o a un tercero, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

En Perú, el que aprovechando la situación de dependencia autoridad o vigilancia practica el acto sexual u otro análogo con una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida, recluida o interna, será reprimido con pena no menor de 4 años ni mayor de 6 años e inhabilitación de 2 a 4 años.

En Chile, los ministros de corte, fiscales y jueces que ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona procesada o que litigue ante ellos, se le impondrá la pena de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) y la de inhabilitación absoluta para el cargo u oficio público; el empleado público que solicitare a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución la pena es de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio; el empleado que solicitaré a persona sujeta a su guarda (detenida u hospitalizada) por razón de su cargo, la pena es de reclusión menor en cualquiera de sus grados (61 días a 5 años) e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio, si la persona solicitada fuere cónyuge, conviviente, descendiente, ascendiente o colateral hasta el segundo grado (hermano) de quien estuviere bajo la guarda del solicitante, las penas serán de reclusión menor en sus grados medio a máximo (3 años 1 día a 5 años) e inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio

Las legislaciones mencionadas reconocen la existencia del acoso sexual acotado a cierto ámbitos, teniendo como sujeto activo del delito a ministros de corte, fiscales y jueces respecto de la persona que litigue ante ellos, así como empleados públicos respecto de una persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución y funcionario de instituciones penitenciarias y hospitalarias respecto de las personas que tienen a su cuidado. Todas las acciones descritas previamente son parte de tipos penales que importan abuso de poder o de posición dominante cuyo verbo rector puede tratarse de consumación del acto sexual o solicitud explícita de carácter sexual por parte de determinadas autoridades públicas.

Como se ha señalado los tipos penales descritos están contemplados en diversas legislaciones desde su dictación como código penal, esto es desde su vigencia se incluyen como delitos es de larga data en el tiempo, pero se refieren a conductas especialmente graves que en un momento dado pueden ser ejercidas por un funcionario público y desde luego se tipifican en el ámbito de la administración pública, pero que bastan que el verbo rector sea el de solicitar sexualmente a una persona.

Sin embargo, la realidad del acoso sexual es mucho más amplia que las precedentemente señaladas al ser estas muy específicas; ello debido a que la conducta del acoso, si bien podría ocurrir en el ámbito descrito, dicha conducta reprochable se produce además en el ámbito de las relaciones laborales, tanto en la administración pública como de la empresa privada, como asimismo en el educacional, deportivo, militar, de salud, u otros análogos, entre otros.

Antecedente Sociológico

Las sociólogas Rosalba Todaro y Bárbara Délano del Centro de Estudios de la Mujer realizaron un estudio sobre la realidad del acoso sexual en el ámbito laboral en Santiago de Chile en bancos, financieras, establecimientos comerciales, servicios comunitarios e industria. Así del total de entrevistadas, un 20% había sido víctima de acoso sexual, el que se desglosa en: 35.4% de parte de su jefe directo, 30% de otro jefe, 27.4% de otro colega de igual jerarquía, 1.7% de un subordinado. Del total de acosadas un 89.2% lo fue víctima en el lugar de trabajo, un 5.4% fuera del lugar de trabajo, 4.6 dentro y fuera del lugar de trabajo.

Otro estudio de las estudiantes de medicina Caterina Oneto, Paula Díaz, Ana Paula Godoy e Iona Soto, realizado en un hospital de Valparaíso, dio como resultado que las mujeres fueron víctimas de acoso sexual severo un 19.4% y moderado 33.3%, porcentajes menores fueron los hombres víctimas de acoso.

Las sociólogas finlandesas Ruda Hogbacka, lrjaKandolin, Elina Haavuio-Mannila y Kaisa Kauppinen-Toropainen, realizaron en 1987 en Helsinki (Finlandia) un estudio sobre acoso sexual en el trabajo. Del total de personas un 34% de las mujeres y 26% de los hombres señalo haber sido víctima de acoso sexual; un 16% de las mujeres y un 9% de los hombres declaró haber sido víctima de un o una superior, un 58% de las mujeres y un 52% de los hombres declaró ser víctima de un compañero de igual jerarquía.

Esperanza Bosch, Victoria Ferrer, Capilla Navarro, Virginia Ferreiro, María del Carmen Ramis, Catalina Escarrer del Grupo de Investigación de Estudios de Género de la Universidad de las Islas Baleares citan estudios sobre la materia:

"En 1998 la Comisión Europea realizó un amplio estudio estadístico sobre acoso sexual que incluía el resumen de diversos trabajos realizados entre 1987 y 1997 en 11 países de Europa del norte y 5 del sur (Alemany et al., Timmerman y Bajena), 1999). Los resultados mostraron que 1 de cada 3 mujeres y 1 de cada 10 hombres había experimentado alguna forma de acoso sexual o de conducta sexual no deseada, si bien había grandes diferencias entre países y también entre formas de acoso".

Las psicólogas Joanna Blahopoulou, Victoria Ferrer y Esperanza Bosch, de la Universidad de las Islas Baleares realizaron un estudio sobre la percepción diferencial de alumnos y alumnas en el ámbito universitario, y respecto de las diversas conducta de acoso que las alumnas en proporción mayor que los alumnos lo consideran como delito (en España dicha conducta es delito).

Los estudios sociológicos dan a conocer que en distintas sociedades se da el acoso sexual y en porcentajes similares, siendo los acosadores tanto hombres como mujeres; pero en proporción cuantitativa mucho más los primeros que las segundas cuando son victimarios y más las segundas que los primeros cuando son víctimas, debido a la existencia de sociedades que aunque tengan parámetros hacia la igualdad de sexos, aún subsiste una subcultura machista.

Esta realidad ha sido constatada en Chile de manera especial en diversos establecimientos educacionales, universitarios y secundarios, consecuencia de los cuales se han producido múltiples manifestaciones que han culminado en tomas de dichos establecimientos, las que comenzaron en la Universidad Austral de Valdivia, continuando en la Universidad de Los Lagos de Osorno, Universidad Católica de Temuco, Universidad de la Frontera de Temuco, Universidad de Concepción, Universidad Tecnológica Metropolitana, Universidad Católica, Universidad de Santiago, Universidad de Chile, Universidad Diego Portales, Liceo n° 1 Javiera Carrera, Liceo Tajamar, ambos de Providencia, Santiago, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad Técnica Federico Santa María, Universidad Andrés Bello Viña del Mar.

Al respecto la Vicepresidenta de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica de Chile, Araceli Farías en programa de Televisión Nacional señaló que se trata de un fenómeno generalizado debido entre otras causas a que aún coexisten estereotipos discriminatorios de género, en cuanto a lo que se espera sean los roles entre niños y niñas, los que se reproducen en adolescencia y adultez, y que vienen a manifestarse bajo la forma de acoso sexual y otras formas de abuso sexual.

Definiciones

Los abogados Jorge Alberto Rodríguez y Ricardo Felgueras señalan:

"Acoso sexual es todo acercamiento sexual, sea éste verbal o físico no deseado por la persona que lo sufre".

La psicóloga Sonia Salas establece que entre las conductas que constituyen acoso sexual están: gestos y comentarios de connotación sexual, apretones de hombros, abrazos o roces en diversas partes del cuerpo aparentemente casuales, lenguaje sexual de tipo obsceno o proposiciones de carácter sexual.

El abogado Sebastián Hamel sostiene que la doctrina reconoce dos tipos de acoso sexual por chantaje y por intimidación. El acoso sexual por chantaje se expresa a través de la exigencia formulada por un superior a un subordinado suyo para que acceda a una determinada actividad sexual, si desea conseguir beneficios laborales. El acoso sexual por intimidación son solicitudes indebidas, invitaciones

sexuales inoportunas u otras manifestaciones verbales o físicas de tipo sexual que crean un entorno de trabajo hostil

Las abogadas Marcela Gómez y Pamela Farías en un documento titulado "Acoso Sexual en el Trabajo: De la Impunidad a la Acción" de la Dirección del Trabajo, señalan que de acuerdo a las denuncias recibidas por dicho servicio, la conducta que prevalece es la de intimidación por sobre el chantaje. Además por ser denunciantes, mayoritariamente mujeres, configuran esta conducta como una problemática de género, entendido éste como "la red de rasgos de personalidad, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que a través de un proceso de construcción social establecen diferencias entre hombres y mujeres".

Las autoras señalan que afecta principalmente a mujeres jóvenes con niveles de ingreso inferiores, con educación incompleta y que trabajan en áreas auxiliares, lo que no significa que mujeres ubicadas en otros rangos no sean también víctimas, pero se conocen menos porque las consecuencias laborales son mayores.

Respecto de los acosadores, las autoras señalan que está presente en ellos en forma consciente o inconsciente que la sexualidad -por regla general masculina- es irracional e irrefrenable, y por lo tanto cualquier manifestación de una víctima -por regla general mujer-se entendería como una suerte de invitación a un acercamiento de carácter sexual.

También ellas se refieren a la vida interna de la empresa, que aunque sea habitual y reservada la relación, termina involucrando al resto de la organización; así los trabajadores pueden convertirse en testigos o confidentes de la persona acosada; y por otra los jefes y supervisores no quieran enfrentar dicha situación o lo reduzcan a un problema personal a resolverse fuera del ámbito laboral.

Adriana Bemet señala que "la conducta de acoso supone un stress emocional que conlleva a la aparición primero de un cuadro de ansiedad que puede evolucionar hacia alteraciones de mayor intensidad" y dentro de un espacio de tiempo prolongado producir un efecto similar a las lesiones psicológicas.

El periodista Juan Morales se refiere a que en los establecimientos educacionales universitarios de Estados Unidos definen el acoso sexual, para lo cual cita a dos universidades la de Nueva York y Harvard.

La Universidad de Nueva York:

"Conducta verbal: incluye comentarios lascivos o sexualmente sugestivos, bromas o insinuaciones o comentarios no deseados sobre la orientación sexual o la identidad de género del individuo.

Conducta escrita: se refiere a cartas, notas, o comunicaciones electrónicas que contengan comentarios, palabras, chistes o imágenes obscenas o sexualmente sugestivas o que se relacionen con la orientación sexual o identidad de género.

Conducta física: incluye los toques o intentos sexuales no deseados dentro del entorno laboral, de vida o aprendizaje".

La Universidad de Harvard:

"Comentar sobre el cuerpo de una persona o tocarlo de forma inadecuada.

Comentarios, bromas, insinuaciones o gestos libidinosos o sugestivos sexualmente.

Pedidos de favores sexuales a cambio de beneficios de trabajos prometidos o reales, evaluaciones favorables, aumento de salarios, ascensos, etc.

Acecho".

Lo señalado por diversas/os autoras/es, así como institucionalmente por universidades, deja de manifiesto que el acoso sexual no constituye un problema menor, sino que por afectar al entorno laboral, lo que incide en su rendimiento o productividad y desde luego en su relación familiar, constituye un problema social.

Normas de Derecho Comparado

La Organización Internacional del Trabajo OIT define el acoso sexual como un comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. Para que se trate de acoso sexual es necesaria la confluencia de ambos aspectos negativos.

En 1991, la Recomendación del Comité Europeo para la Eliminación de la Discriminación en Contra de la Mujer, prevé que los Estados adopten medidas jurídicas eficaces, incluidas las sanciones penales, recursos civiles y disposiciones de indemnización para proteger a la mujer contra todo tipo de violencia, incluida el hostigamiento sexual en el trabajo.

Dicho cuerpo normativo señala además:

"Se recomienda a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para fomentar la consciencia de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que

afectan la dignidad de la mujer u hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, resultas inaceptable si:

a Dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma.

b La negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores o compañeros), se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualquiera otras decisiones relativas al empleo y/ o

c Dicha conducta crea un ambiente laboral intimidatorio u hostil para la persona que es objeto de la misma".

En Estados Unidos desde 1972 prohíbe la discriminación por sexo, considerándose el acoso sexual en el ámbito laboral y establecimientos educacionales como una forma de discriminación.

Diversos países han tipificado el acoso sexual como delito la mayoría a contar de la década de 1990, entre otros Rusia, Francia, España, México, Nicaragua, Brasil, Paraguay y Argentina, entre otros.

En Rusia, el que constriña a una mujer a la unión carnal o a la satisfacción del instinto sexual de parte de un individuo del cual ella depende por razones económicas o de servicio, se le impondrá una pena de hasta 3 años de prisión.

En Francia, el que abusando de la autoridad que le confieren sus funciones acose a otro valiéndose de amenazas o coacciones, con el objeto de conseguir favores de naturaleza sexual, tendrá una pena de 1 año de prisión y multa.

En España, en 1995, se tipificó el acoso sexual, la que fue reformada en 1999.

El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses.

Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionada con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses.

Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses en lo previsto en el apartado 1, y de prisión de 6 meses a 1 año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

En Nicaragua desde 1992, el que somete a una persona a acoso o chantaje sexual sin consumar el delito de violación o seducción ilegítima, tendrá una pena de 1 a 2 años de prisión.

En México, el que con ánimo lascivo asedie reiteradamente a una persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición de jerarquía derivada de sus relaciones laborales, docentes domésticas o cualquier otra que implique su subordinación, se le impondrá una sanción hasta 40 días multa.

En Brasil, el que constriña a alguien con la intención de obtener ventajas o favorecimiento sexual, prevaliéndose de su condición de superior jerárquico o ascendencia inherente al ejercicio de empresa, cargo o función, la pena será de 1 a 2 años

En Paraguay, el que con fines sexuales hostigare a otra persona abusando de la autoridad o influencia que le confieren sus funciones, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta 2 años.

En Argentina, un decreto de carácter administrativo de 1993, y que rige para los empleados públicos, al que con motivo o ejercicio de sus funciones, se aproveche de una situación jerárquica induciendo a otro a acceder a sus requerimientos sexuales, haya o no acceso carnal, se le sancionará administrativamente.

Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses en lo previsto en el apartado 1, y de prisión de 6 meses a 1 año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

El pronunciamiento de organismos internacionales y como consecuencia de éste, desde los inicios de la década de los noventa, diversos países han adecuado sus legislaciones en el ámbito de los delitos sexuales con una norma expresa de tipificación del acoso sexual como delito en el ámbito laboral y otros análogos, aplicando mayor penalidad cuando quien lo cometiere es superior jerárquico y se valiere de esa condición para perpetrar el delito. De esta manera, el derecho comparado lo ha tipificado expresamente como una conducta reprochable; sin perjuicio de la penalidad de las circunstancias descritas cometidas por determinados funcionarios públicos de suyo más gravosa, que viene a complementar una y otra situación.

En consecuencia, para el derecho comparado el acoso sexual afecta a cuatro bienes jurídicos o principios de derecho: la libertad de trabajo o educación, según el caso, la integridad psíquica y además constituye un peligro para la libertad sexual de la víctima; por eso es susceptible de aplicación penal, lo que en derecho se denomina la última ratio o la última razón de su existencia, lo cual significa que tiene la suficiente gravedad como para ser tipificado penalmente.

En Chile en materia laboral define el acoso sexual como el que realice en forma indebida por cualquier medio requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades de empleo.

El sujeto activo o hechor puede ser superior jerárquico que puede ser el empleador, del mismo rango jerárquico o incluso inferior, cuya conducta exige de la otra persona un comportamiento sexual que va más allá de lo que son sus funciones para acceder a un beneficio o mantener el empleo, lo que diferencia la situación en relación a los demás compañeros o compañeras de trabajo, que de conformidad a lo establecido por la Dirección del Trabajo, se trata de una conducta ilícita no acorde con la dignidad humana y contraria a la convivencia al interior de la empresa.

El bien jurídico protegido o principio de derecho para esta situación específica en lo laboral es la existencia de condiciones que garanticen un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre los y las trabajadores/as entre si y respecto de superiores e inferiores en grado correspondiente.

Por exigencia de la Dirección del Trabajo, de conformidad a la ley, las empresas deben tener una reglamentación para enfrentar las situaciones de acoso, la denuncia se puede presentar ante la dirección de la empresa o Inspección del trabajo respectiva, si se hiciere ante la primera ésta debe iniciar una investigación o remitir antecedentes a la Inspección de Trabajo; dependiendo del resultado de la investigación el empleador deberá aplicar las medidas o sanciones que correspondan, las que incluye el despido sin derecho a indemnización. Si fuera el empleador el acusado debe interponerse la denuncia ante la Inspección del Trabajo y una vez concluida la investigación aplicar la sanción correspondiente.

Dicha norma que está establecida en el Código del Trabajo, se incorpora también en el Estatuto Administrativo tanto para funcionarios públicos como municipales.

Normas similares de tipo laboral son las existentes en las legislaciones extranjeras.

Norma a Aplicar en el Ámbito Penal

Como se señaló precedentemente, la actual legislación chilena en materia penal tipifica en forma específica conductas de ciertos funcionarios públicos prevaliéndose de alguna forma de su condición de superioridad o dependencia de la persona víctima, pero acotado solo en determinada situación. Se complementa en todo caso con la normativa laboral, cuya sanción pueden ser de multa e incluso el despido sin derecho a indemnización. La regla general en materia laboral es que el despido de un trabajador o trabajadora se le deba indemnizar, obligación que no rige si dicho trabajador o trabajadora ha incurrido en conductas de acoso sexual.

Desde una perspectiva general de los delitos, muchos de éstos tipificados como tal, importan una acción estimada por el derecho como reprochable, y en tal sentido son numerosos las faltas y simples delitos cuyo verbo rector tiene la característica señalada, esto es por un solo hecho punible el sujeto activo se hace merecedor de una sanción penal; con mayor razón debe existir una sanción penal, cuando se tratare de una conducta reprochable continuada en el tiempo; dado que ambas situaciones son para el derecho constitutivas de un disvalor, como para ser incorporadas al derecho penal

La conducta del acoso las más de las veces se trata de una conducta continuada en el tiempo, lo que de suyo hace más gravoso el hecho por cuanto los efectos psicológicos en la victima necesariamente son más profundos al desarrollar cuadros similares a cuando se es víctima de violencia intrafamiliar esto es supone un stress emocional con la aparición de un cuadro de ansiedad que puede derivar hacia alteraciones psíquicas de mayor intensidad que al afectar a la víctima en cuanto tal también se hace extensivo al entorno familiar de ella. Son antecedentes suficientes para considerar que el acoso sexual deba ser sancionado mediante el actuar punitivo del Estado, tal como sucede en el derecho comparado que sí lo considera una acción típica y antijurídica por el disvalor que implica dicha conducta, y por ende si se trata de conductas que constituye el último recurso para el derecho penal, denominado también última ratio o última razón de su existencia.

En consecuencia, si en el ordenamiento jurídico chileno existen numerosos simples delitos o faltas atentatorias de un solo bien jurídico y que importan un menor disvalor que el acoso sexual, con mayor razón deberá tipificarse cuando afecta a lo menos a cuatro bienes jurídicos protegidos consagrados constitucionalmente la libertad de trabajo, libertad de educación, la integridad psíquica y el peligro que involucra el legítimo desarrollo a la libertad sexual, para de esa manera estar debidamente tipificados ante el derecho.

Fermín Morales Prats y Ramón García Alberto, en su libro "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" señalan lo siguiente:

La solicitud sexual debe responder a un ánimo lúbrico del sujeto activo, no un ánimo jocoso propio de relaciones de confianza o amistad.

"Así los comentarios, chistes, indirectas, sarcasmos, miradas lascivas, contactos físicos físicos innecesarios (dar palmadas o tocar en partes no íntimas o con significación sexual), despliegue de fotos pornográficas, etc, debe inferirse la solicitud de favor sexual, que puede ser explícita o implícita, o sea bastará a tales efectos que por el contexto no exista duda sobre las pretensiones del autor".

"Ciertamente, en la demanda explícita o implícita de favor sexual, reside la diferencia entre camaradería, tono festivo o flirteo inocente, del verdadero acoso. El límite puede variar de una persona a otra. En todo caso, lo esencial del acoso es que el mismo es vivido como intempestivo y ofensivo por la persona que lo sufre. Precisamente para evitar una excesiva subjetivización según la sensibilidad de la víctima es por lo que el legislador (se refiere a la ley española) ha adosado la exigencia de que dicha solicitud genere una situación que pueda ser calificada objetivamente y no so lo subjetivamente de hostil o intimidatoria".

Se podría sostener que el acoso sexual podría constituir una tentativa de otro delito de carácter sexual. Sin embargo, sucede que el acoso sexual tiene como consecuencia el ambiente hostil o intimidatorio, vale decir finaliza en esta etapa la ejecución del delito. En cambio la tentativa de abuso sexual, estupro o violación es el principio de ejecución del delito, en que las acciones deben ir encaminadas a consumar este otro delito sexual, situación que no es la del acoso, además se debe tener presente que no cabe aplicar normas por analogía.

Cabe tener presente que cuando la víctima se decide a denunciar, lo hace porque vive una situación límite que previamente ha intentado otras formas de persuasión que no han dado resultado.

El tipo penal que se propone es concordante con las penas establecidas para el ministro de corte, fiscal o juez respecto de la persona que litigue ante ellos, el empleado público respecto de la persona que tenga resolución pendiente o el empleado respecto de la persona que tenga bajo su guarda o a los parientes de ella; a la vez se estructura sobre la base del tipo penal español, establecido como simple delito, con una figura base y agravado cuando se tratare de una víctima menor de edad, persona discapacitada o quien lo cometiere fuere superior jerárquico.

De conformidad al derecho comparado, el hecho de que exista una tipificación laboral, no implica que no deba existir una normativa en el ámbito penal, por el contrario lo que hace el derecho comparado es complementar la normativa laboral con la normativa penal.

Al existir dicha norma penal, viene a reforzar y hacer efectivo las Declaraciones y los Convenios suscritos y ratificados por el Estado de Chile como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, la Convención Interamericana para la Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otras; las cuales hacen nacer una obligación para el Estado de Chile de hacer efectiva la normativa internacional ya citada, respecto de la cual es atentatoria la conducta del acoso sexual.

Lo importante al establecer el acoso sexual como delito, no es si se topa o no con otro delito, o si es de más fácil o más difícil prueba, sino para hacer visible y sancionar una conducta que constituye un drama que perjudica a muchas personas que son víctimas en su relación laboral, educacional, deportiva, salud, militar u otra análoga por afectarlas en su dignidad, y de esta manera restablecer el imperio del derecho en este caso necesario a través del derecho penal.

Se deja constancia de dos proyecto anteriores que incorporan el acoso sexual como delito: uno, de las ex diputadas María Antonieta Saa, Adriana Muñoz D'Albora, Antonella Sciaraffia, Marina Prochelle, del diputado Jaime Mulet y ex diputados Juan Bustos, Luis Monge, Guillermo Ceroni, Sergio Elgueta con boletín 2665-18; otro de las ex diputadas/os María Antonieta Saa, Adriana Muñoz D'Albora, Pedro Araya, Ramón Barros, Guillermo Ceroni, Aldo Cornejo, Cristián Monckeberg y diputada/o Alejandra Sepúlveda e Issa Kort con boletín 8802-18; y otro, de la ex diputada María Antonieta Saa, del diputado Rodrigo González y ex diputados Enrique Accorsi, Guillermo Ceroni, Ramón Farías y Marco Antonio Nuñez Lozano, con boletín 5680-18.

El presente proyecto contó con la elaboración del asesor legislativo Leonardo Estradé-Brancoli con la colaboración del asesor legislativo Luís Díaz.

Por tanto, conforme a lo señalado, se propone al H Congreso Nacional el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo Único: introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1. En el número 3 del artículo 223, agréguese luego de la frase "seduzcan o soliciten" por "favores de naturaleza sexual o afectiva".

2. En el artículo 258, sustitúyese la frase: "El empleado público que solicitare a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución", por la frase "El empleado público que solicitare favores de naturaleza sexual o afectiva a persona que tenga solicitudes pendientes de su resolución o acerca de la cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior".

3. En el artículo 259, agréguese luego de la palabra "solicitare", por la frase "favores de naturaleza sexual o afectiva"; la palabra "solicitada" por "acosada", la palabra "segundo" por " "cuarto" y la palabra "solicitante" por la frase "acosador sexual".

4. Agrégase el siguiente artículo 364:

"Art. 364. El que solicitare favores de naturaleza sexual, aun cuando no llegaren a concretarse, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, educacional o docente, militar, deportiva, de prestación de servicios, u otra análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva intimidante u hostil, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

La pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio si la víctima fuere menor de edad o persona discapacitada, o fuere cometida por un superior jerárquico o empleador."

ADRIANA MUÑOZ D'ALBORA
Senadora