Comentarios de organizaciones de mujeres a proyecto de ley sobre acoso sexual (Boletín Legislativo Nº 11.907-17)

Senado de la República, primer trámite constitucional
Discusión particular ante Comisión Mujer e Igualdad de Género

Mayo de 2021

I. Antecedentes

En primer lugar, es importante tener presente que el acoso sexual es una figura genérica consistente en una presión, imposición de una conducta de significación sexual no consentida (atención sexual no deseada, contacto sexual no deseado, etc.) respecto de quien no está en posición de rechazarla. Antes de ser objeto de regulación penal en el derecho comparado, este tipo de conductas en Chile y en el mundo, han sido recogidas como atentado a la igualdad, a la dignidad y/o como una forma de violencia en los ámbitos laboral y educacional. En dichos espacios, las relaciones de poder existentes generan contextos que favorecen estos abusos y amplifican las asimetrías de género, aunque debe precisarse que no todas las formas de acoso requieren que exista una relación vertical entre quien perpetra la conducta y quien es destinataria de ella. El "chantaje sexual" o acoso "*quid pro quo*" corresponde a un tipo de acoso producido por un superior jerárquico o por alguna persona que puede incidir sobre el empleo, las condiciones de trabajo, educacionales o en alguna otra dimensión relevante de la vida o derechos de la persona acosada. Lo típico de este chantaje es que la persona destinataria se ve constreñida a elegir entre someterse a los requerimientos sexuales o perder algún beneficio o derecho asociado a un empleo, educación, o cualquier actividad o función equiparable.

En contraste, el acoso sexual "ambiental" se caracteriza por producir un ambiente laboral, educacional o equivalente, intimidatorio, hostil o humillante para quien sufre la conducta. En este caso no se requiere que quien perpetre la conducta se encuentre en una posición de jerarquía o autoridad, siendo posible llevar a cabo estas conductas debido a las asimetrías de género, simplemente por compañeros de trabajo o estudios, o incluso por terceros vinculados a estos contextos (por ejemplo, proveedores de empresas).

En consecuencia, desde el punto de vista conceptual y normativo, el acoso sexual es una forma de violencia de género y de discriminación que comprende un espectro variado de comportamientos, de distinta gravedad, que pueden ocurrir tanto en el marco de relaciones jerárquicas o no, en el espacio público y en el contexto de relaciones privadas, en concordancia con lo que prevé la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), vigentes en Chile.

Las distintas manifestaciones de acoso dañan a las mujeres en su dignidad, indemnidad sexual e igualdad de oportunidades con independencia de si, como resultado del acoso, se produce o no una afectación psicológica comprobable mediante un diagnóstico clínico o una pérdida de un beneficio laboral u otro. En otras palabras, el acoso es, por sí mismo, un atentado a los derechos de las mujeres. En este sentido el Art. 3 de la Convención de Belém do Pará, establece que “toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”. En consecuencia, en todas sus formas, el acoso debe considerarse una conducta dañosa y, por tanto, ilícita.

Sin perjuicio de lo anterior, desde una perspectiva comprometida con un enfoque de derecho penal mínimo, es conveniente abordar la regulación del acoso en sede penal solo para las hipótesis más graves, desarrollando estrategias alternativas de sanción a través de otras vías jurídicas para las hipótesis menos graves.

Dentro de las estrategias alternativas pueden considerarse el uso de potestad sancionatoria administrativa, laboral o universitaria, según sea el caso. En todo caso, es fundamental establecer medidas de prevención de estas conductas. Estas medidas, de diferente orden (campañas de sensibilización y educación, capacitaciones, entre otras) permiten desnaturalizar prácticas que han sido toleradas por mucho tiempo en nuestras sociedades, reconocen la raíz social de este problema y promueven el desarraigo cultural de estas conductas disminuyendo el costo de la denuncia para las víctimas, el que sigue siendo alto.

Las hipótesis de acoso que pueden considerarse más graves, en principio, se relacionan ya con comportamientos realizados mediante el prevalimiento o abuso de posiciones de poder o autoridad (particularmente el abuso de funciones públicas) por parte de quienes perpetran estas conductas, ya con la mayor vulnerabilidad de algunas víctimas (por ejemplo, adolescentes, mujeres con discapacidad). En el primer caso, el plus del injusto deriva de que la superposición de estructuras de poder de género sumada a jerarquías de estatus u organizacionales, reduce drásticamente la posibilidad de rechazar estas conductas por parte de sus destinatarias debido a las graves repercusiones negativas de tal rechazo. Por consiguiente, paradigmáticamente, el chantaje sexual es considerado una forma de acoso sexual especialmente grave y parece razonable que su prohibición sea abordada mediante una figura penal. La gravedad del segundo tipo de conductas, en

tanto, atiende a la especial vulnerabilidad de ciertas víctimas lo que profundiza el disvalor de la conducta. Otros casos, como los acosos ambientales y horizontales, pueden considerarse menos graves y abordarse complementariamente a través de una figura genérica, con carácter de falta y no necesariamente como delito.

La propuesta de tipificación del acoso sexual materia del presente proyecto de ley resulta problemática, entre otras razones porque reduce la conceptualización del acoso sexual solo a los casos en que exista un requerimiento explícito de una conducta sexual. Es decir, se identifica el acoso únicamente con el chantaje sexual. Como se ha señalado, este supuesto puede considerarse más gravoso porque presupone un ejercicio coactivo o abusivo y más abierto, pero no es la única forma grave de acoso sexual.

Por otra parte, la gran mayoría de los casos de acoso sexual, en los hechos, se realiza mediante maniobras encubiertas. A pesar de que el enmascaramiento del propósito de la conducta suele ser característico del acoso, las personas destinatarias de estas conductas (y también quienes no lo son) las identifican y vivencian claramente como formas de coacción y violencia que se manifiestan de manera sutil. En este sentido, una definición más abierta o genérica del acoso sexual, ya sea tipificada como delito o como falta, es coherente con la idea de que las diversas formas o manifestaciones de violencia contra las mujeres, incluida la violencia sexual, constituyen discriminaciones que se producen tanto por objeto como por resultado, conforme a lo dispuesto en la CEDAW (Art. 1º). Es decir, debe comprender aquellos casos en que pueda probarse que las conductas deliberadamente han tenido un determinado propósito u objeto; como aquellos en que, independientemente de los móviles del agente, de por sí de difícil prueba, se produce como resultado el menoscabo de un derecho de las mujeres (como roces físicos o atención sexual indeseados o ambiente sexualizante).

Resulta importante hacer presente que, desde el punto de vista terminológico la fórmula “favores de naturaleza sexual o afectiva” es inadecuada no solo por su anacronismo sino particularmente porque difumina el carácter coactivo o abusivo de la conducta sancionada. Así, la referida terminología obstaculiza una adecuada comprensión social del núcleo de este comportamiento y de su disvalor moral y jurídico.

Por otra parte, cabe señalar que la propuesta de ley constituye una iniciativa limitada en el abordaje de la violencia contra las mujeres, siendo prioritario y urgente que el Estado asuma el conjunto de obligaciones en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia, con pleno cumplimiento de la Convención Belém do Pará. Esta Convención mandata al Estado de Chile a -entre otras- fomentar la educación y capacitación del personal de administración de justicia, policial y otras instituciones encargadas de la aplicación de la ley, así como también, del personal a cargo de la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer; suministrar servicios especializados para la atención de las mujeres; fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar sobre los

problemas relacionados con la violencia, los recursos legales y la reparación que corresponda; ofrecer acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación; garantizar y materializar la debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de la violencia; incluir en la legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias, y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; establecer procedimientos legales justos y eficaces, así como mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar el efectivo derecho a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de comprensión justos y eficaces. Desde este punto de vista, la moción debería abordar la prevención del acoso sexual como violencia de género, fortaleciendo también la investigación de la misma, así como la protección y reparación de las víctimas.

Además, frente a la reconocida necesidad de una próxima reforma al Código Penal, se advierte la importancia de incorporar una perspectiva de género en la discusión de dicha propuesta, que permita una adecuada protección de las mujeres y las niñas frente a la violencia.

II. Observaciones respecto a la regulación propuesta

1. Ubicación del delito de acoso: Por razones de geografía del Código Penal (coherencia interna de la norma), si este delito se tipificara en el Art. 364 como plantea la moción, se encontraría situado entre el estupro y el abuso sexual que corresponden a delitos sexuales de mayor gravedad. De ahí que se estime pertinente ubicarlo en un nuevo Art. 367 quater.

2. Restricción del acoso sexual a figura de chantaje y/o amenazas: Si el tipo penal propuesto se restringe solo al acoso sexual por amenazas y/o chantaje, se dejan fuera muchas otras situaciones de acoso en que no se solicita nada a cambio, aun cuando se trate de un acto de significación sexual no consentido por la víctima, hecho que por sí solo, reviste suficiente gravedad para que tenga relevancia penal. Por ejemplo, en el acoso sexual laboral, el tipo penal propuesto no cubriría situaciones en que quienes ejercen jefaturas o se desempeñan como compañeros de trabajo, realizan actos de significación sexual que no llegan a configurar amenazas o chantajes explícitos, por ejemplo roces físicos indeseados.

Por ello se propone incluir una figura basal sin exigencia de circunstancias comisivas especiales en el Libro III sobre Faltas, ampliando la actual figura del Art. 494 ter.

Al respecto cabe comentar que existe una gran amplitud de situaciones de acoso sexual que no conllevan amenazas pero que afectan igualmente la indemnidad sexual de quienes las reciben y, además, ocurren con mayor frecuencia. En efecto, el estudio elaborado en el año 2020 por la Fundación Observatorio Contra el Acoso Chile, en el marco de la plataforma Juntas en Acción y realizado con el apoyo financiero de la Unión

Europea[1], identifica múltiples prácticas y acciones de acoso sexual laboral y en contexto educativo, tales como: (i) acoso no verbal: miradas, sonidos o silbidos que incomodan; (ii) acoso verbal: comentarios sobre el cuerpo, la ropa o cómo se ve la persona; (iii) acoso físico: tocaciones de partes privadas (genitales, senos, trasero) y no privadas del cuerpo (cintura, brazos, piernas), presión de genitales contra el cuerpo (punteos), exhibicionismo y masturbación en público; (iv) acoso de registro audiovisual: toma de fotografías y/o grabaciones, llamadas y mensajes con contenido sexual; y acoso mediante chantaje: ofrecimiento de beneficios a cambio de favores sexuales.

En el caso del acoso sexual laboral, la encuesta revela dentro de las situaciones de mayor ocurrencia al acoso no verbal (23,0%), seguida del acoso físico (19,2%), verbal (15,7%), audiovisual (15,3%), y finalmente, el acoso mediante chantaje (9,9%). Respecto al acoso sexual en contextos educativos, en el caso de mujeres se repite el orden de situaciones de mayor ocurrencia: acoso no verbal (32,4%), seguida del acoso físico (32,1%), verbal (17,2%), audiovisual (9,2%), y finalmente, el acoso mediante chantaje (4,2%). En el caso de hombres, en primer lugar está el acoso físico (17,4%), seguido de acoso no verbal (13%), verbal (9,1%), audiovisual (7,1%), y también en último lugar el acoso mediante chantaje (2,8%).

Lo anterior de cuenta de la amplitud de manifestaciones del acoso sexual, las que ocurren en diversos espacios y relaciones, por lo que la figura de acoso sexual chantaje planteada en la moción no cubre todo el espectro de conductas. No obstante mantener una fuerte crítica al enfoque punitivista, alguna de dichas conductas revisten la gravedad suficiente para ser consideradas ilícitas desde el punto de vista penal.

3. Lo central en el acoso sexual, cualquiera sea el ámbito en que ocurre, es la realización, solicitud o requerimiento de cualquier acto o conducta de significación sexual no consentida por la víctima. Por ello, la presente propuesta plantea una figura basal en el Libro III sobre Faltas y propone ajustes a la tipificación de simples delitos o crímenes distiguiendo entre hipótesis cometidas por particulares de aquellas cometidas por funcionarios públicos, procurando una lógica de coherencia sistemática entre el proyecto y la regulación vigente (ej. cohecho y abusos contra particulares).

4. Ámbitos de ocurrencia del acoso: A diferencia de la moción, se propone centrar el disvalor del acoso sexual en la afectación de la indemniddad sexual y no en el ámbito en que dichas conductas se ejercen.

[1] Radiografía del Acoso Sexual en Chile: Primera encuesta nacional sobre acoso sexual callejero, laboral, en contexto educativo y ciberacoso, una iniciativa de Juntas en Acción, plataforma de organizaciones por los derechos de las mujeres, realizada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Disponible en: https://www.ocac.cl/wp-content/uploads/2020/07/Informe-encuesta-OCAC-2020.-Radiograf%C3%ADa-del-acoso-sexual-en-Chile.pdf

III. Propuesta de redacción de los tipos penales

Texto vigente	Propuesta de organizaciones de mujeres
§ IV. Prevaricación. Art. 223. Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados: […] 3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a persona imputada o que litigue ante ellos.	§ IV. Prevaricación. Art. 223. Los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales, sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualesquiera de sus grados: […] 3° Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, soliciten o exijan la realización de un acto de significación sexual a persona imputada o que litigue ante ellos.
§ XII. Abusos contra particulares Art. 258. El empleado público que solicitare a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.	§ XII. Abusos contra particulares Art. 258. El empleado público que solicitare o exigiere un acto de carácter sexual a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado conforme al párrafo IX del título quinto del libro segundo de este Código.
	Art. 367 quater. El que realizare, solicitare o requiriere cualquier acto o conducta de carácter sexual sin mediar consentimiento de la víctima, aun cuando no llegare a concretarse, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación de jerarquía, de desigualdad de grado u otra análoga, y que no constituyere un delito al que se imponga una pena más grave, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo a medio. [*Texto propuesto en base a Indicación Nº 5, sugiriendo ubicarlo en un nuevo Art. 367 quater]

Art. 494 ter. Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en: 1. Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos. En este caso se impondrá una multa de una a tres unidades tributarias mensuales. 2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.	Art. 494 ter. Comete acoso sexual el que realizare, solicitare o requiriere, sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual, tanto en espacios públicos como privados, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en: 1. Expresiones verbales o gestos humillantes. En este caso se impondrá una multa de una a tres unidades tributarias mensuales. 2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. 3. Contactos corporales intimidatorios, hostiles o humillantes. 4. Envío reiterado de mensajes y/o exhibición de imágenes o videos, de connotación sexual explícita. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales.

Observatorio contra el Acoso Chile, OCAC
Corporación Humanas
Asociación de Abogadas Feministas de Chile, ABOFEM
Yanira Zuñiga Añazco, profesora titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile

Mayo de 2021
Comisión de Mujer e Igualdad de Género
Senado de la República