

PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL ARTICULO 373 DEL CODIGO PENAL

De manera indiscutible las sanciones contra quienes de “cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres”, establecidas en el artículo 373 del Código Penal, han sido histórica y predominantemente aplicadas a hechos vinculados a la vida sexual, e incluso afectiva y amorosa, de la persona o colectivos.

Tanto en el Código Penal, como en otras leyes internas, diversos delitos y atropellos contra la integridad física o psíquica de las personas están claramente estipulados, siendo ejemplos las sanciones contra la pornografía, la violación, el estupro, el incesto, el abuso sexual infantil y el aborto, entre otros.

En ese sentido, el artículo 373 del Código Penal en su aplicación es una herramienta arbitraria, por cuanto todo delito de carácter sexual, y que afecte a un tercero, ya está considerado en el resto de la legislación y deja a decisión de las policías una amplia interpretación que se presta para atropellos y detenciones que, en la casi totalidad de los casos, no terminan en procesos o condena de los afectados.

El arbitrio, la discrecionalidad y ambigüedad de la norma es del todo expresa en la misma disposición cuando considera como ofensas al pudor o a las buenas costumbres los “hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos” del Código Penal.

¿Cuáles son esos hechos? y ¿en qué momento y bajo qué parámetros se consideran un escándalo de trascendencia pública? son interrogantes que el artículo por si solo no resuelve, provocando de paso un serio daño a las personas en quienes es aplicado.

POLICIAS Y TRIBUNALES

Para que un hecho ofenda el pudor o las buenas costumbres, debe primero existir una persona o una comunidad afectada, mientras que la trascendencia pública necesariamente implica que el suceso fue conocido no sólo por las policías, sino que por un amplio margen ciudadano.

Lo que ocurre con el 373 es precisamente lo contrario, a un punto que en la mayoría de los casos el hecho considerado unilateralmente como ofensivo al pudor sólo es visto o conocido por un determinado policía y sin afectar a un tercero, situación demostrable con el amplio rango de diferencia que existe entre el número de aprehendidos y el número de denuncias.

En efecto, de acuerdo a los informes hasta ahora disponibles del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y Carabineros, entre 1998 y el 2004 se efectuaron 537 denuncias por ofensas al pudor, pero el número de aprehendidos es más de cincuenta veces mayor, llegando a las 27 mil 380 personas.

Dicha situación no tiene relación con las otras detenciones, donde el número de denuncias es como promedio siempre mayor al de aprehendidos. Así

es como entre 1998 y el 2004 Carabineros recibió en total nueve millones 643 mil 301 denuncias y aprehendió a cuatro millones 266 mil 593 personas.

Las cifras explicitan que en el 98 por ciento de las aprehensiones por ofensas al pudor, jamás hubo una denuncia, es decir nunca hubo uno o más testigos que se sintiera violentado con un determinado hecho, por lo que al no existir escándalo o trascendencia pública, resulta claro que el artículo 373 está siendo aplicado de manera arbitraria por la fuerza policial.

El carácter represivo y discrecional al que da paso el artículo 373 ha sido advertido en Chile por diversas instituciones sociales, académicas e incluso gubernamentales.

El programa "Bases Generales para superar la Discriminación en Chile", del Ministerio Secretaría General de Gobierno, sostuvo en el 2001 en referencia al 373 que en el "Código Penal chileno es posible encontrar una disposición cuya aplicación resulta altamente discriminatoria y abusiva" contra las personas.

Añade que el artículo tipifica un delito "de penalidad e importancia social más bien baja, pero que sirve de justificación para la represión de conductas consideradas anómalas. Dicha represión la ejerce la policía, particularmente Carabineros en ejercicio de sus funciones de control de orden público".

Generalmente esas conductas consideradas anómalas son aquellas que involucran de una u otra manera a los jóvenes que usan vestimentas alternativas, a las y los trabajadores sexuales, a los inmigrantes y a las minorías sexuales (gays, lesbianas, bisexuales, transexuales y transgéneros), quienes han sido aprehendidas por el sólo hecho de tomarse en la mano o darse un beso en la vía pública.

Ello ha sucedido a pesar de que el Alto Mando ha señalado públicamente que la expresión pública del afecto homosexual o transexual, no es meritorio de detención alguna, según se desprende de los informes anuales de derechos humanos del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh).

En concreto el Alto Mando de Carabineros ha explicitado que sólo puede haber aprehendidos en caso de actos sexuales públicos, lo cual afecta también a personas heterosexuales, mientras que la expresión de afecto tanto entre personas de igual como de sexo distinto, merece el mismo respeto y libertad.

Sobre la materia el Plan Gubernamental para superar la discriminación sostiene que "la invocación del art. 373 del Código Penal no tiene justificación en una sociedad cada vez más abierta y tolerante, en la que la institución policial no parece usar elementos de juicio objetivos para ponderar qué hechos en este caso pueden revestir "grave escándalo o trascendencia", salvo la moralidad personal de los funcionarios actuantes o de sus jefes. Por lo demás, esta clase de "ofensas" no tienen una tipificación clara en la norma, su contenido es vago y permite una gran discrecionalidad a los agentes de control, demostrando la experiencia que ella se convierte habitualmente en arbitrariedad y discriminación".

Una similar opinión ha vertido el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, el cual señaló en su Informe de Derechos Humanos 2006 que la disposición "en la práctica se ha traducido en un amplio margen de discrecionalidad para los funcionarios policiales, que suele llevar a conductas discriminatorias contra personas de orientaciones sexuales minoritarias"

En tanto, en el Informe de Derechos Humanos 1990-2000 de la Corporación de los Derechos del Pueblo (Codepu) se ha advertido que el 373 deja la “puerta abierta para el abuso, puesto que un policía puede creer que un beso entre dos hombres es una ofensa al pudor. La ley, entonces, no es clara en señalar qué debe entenderse como ofensa al pudor, tampoco en señalar a qué se le llama buenas costumbres”.

La arbitraria aplicación del artículo 373 ha tenido además negativos efectos en la función de los tribunales, y al respecto han sido los mismos jueces quienes han reconocido que los casos derivados a la justicia por esa norma en la práctica constituyen una pérdida de tiempo.

Es el caso de María Inés Hernández, quien el 2003, cuando era titular del Octavo Juzgado del Crimen de Santiago, sostuvo que la ley es mal aplicada por Carabineros, lo cual deriva en que la casi totalidad de las ocasiones las personas son liberadas por falta de mérito, de acuerdo a datos de los informes anuales del Movilh.

En efecto, y siguiendo las cifras de las policías civiles y uniformadas y del INE, entre 1998 y el 2004 un total de 28 mil 342 personas fueron aprehendidas por Carabineros o derivadas a tribunales por Investigaciones, en razón del artículo 373 del Código Penal. Sin embargo, sólo el 0.27 por ciento, es decir 79 personas, fueron condenadas, en especial porque hubo otras normas violentadas de por medio.

La cifra es profundamente inferior al promedio nacional: entre 1998 y el 2004 el total de aprendidos por Carabineros o derivados a tribunales por la Policía Civil, ascendió a cuatro millones 539 mil 248 personas, cuyo 4.9 por ciento fueron condenadas, correspondiente a 225 mil 7 personas.

LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES

En países como Argentina, Perú, México y Uruguay se ha optado, o se está optando, por derogar toda norma que sancione las ofensas a la moral, el pudor o las buenas costumbres cuando no esté clara y detalladamente especificado a que se hace referencia dando paso a articulados más precisos, mientras que naciones más desarrolladas, como Alemania, las referencias al tópico en el Código Penal han sido eliminadas.

Elo porque se ha entendido que las concepciones sobre la moral, las buenas costumbres y los valores han pasado por profundas transformaciones en los últimos años, siendo permanentemente mutables, situación hasta ahora no internalizada en la legislación chilena, toda vez que el artículo 373 rige desde el 12 de noviembre 1874, cuando además aún la Iglesia no se separaba del Estado.

Producto de la globalización y de las transformaciones sociales, económicas y políticas, que derivan en nuevos estadios de modernidad, existe consenso de que las sociedades son construidas y vividas por una rica e infinita variedad de expresiones humanas y culturales, donde no impera la homogeneidad, sino que la heterogeneidad.

No en vano se garantiza la igualdad en la Constitución y Chile ha firmado y ratificado diversos tratados, resoluciones o pronunciamientos internacionales que

implican un explícito reconocimiento y respeto a las realidades de las minorías étnicas, religiosas, sexuales, ideológicas, las personas con discapacidad psíquica o síquica, los jóvenes, las mujeres y los niños.

Las relaciones sexuales fuera del matrimonio, el divorcio, el uso del preservativo y de métodos anticonceptivos y el derecho a la libertad de expresión de las diferencias y de las minorías fueron, al momento de crearse el Código Penal y durante más de un siglo después, consideradas como ofensivas al pudor.

Ahora, en cambio, a nivel ciudadano existe mayor respeto a la diferencias, y desde las políticas públicas se están impulsando propuestas que bien pudieron recibir sanción años atrás por el artículo 373.

La realidad actual es distinta y es deber de los legisladores ajustarse a ella en beneficio de la igualdad para todas personas que habitan Chile y que los eligieron como sus representantes.

Desde 1990 al 2006 “pasamos de una sociedad que tenía consensos de repudio al aborto, homosexualidad, suicidio y prostitución, donde el divorcio y la eutanasia tenían muy bajos grados de justificación, a una sociedad donde el divorcio está plenamente justificado, y la homosexualidad tiene una justificación media. El aborto, suicidio, eutanasia y prostitución dejaron de tener repudio consensado y han pasado a ser tolerados por un número creciente de chilenos”, señaló el Estudio Mundial de Valores (de World Values Survey Association y aplicado en Chile por la consultora Mori), una de las tantas investigaciones que han demostrado los cambios que ha experimentado nuestro país.

A juicio del Estudio Mundial de Valores, “el cambio valórico es enorme si se mira desde la perspectiva que se acabaron los vetos societales completamente en todos estos ámbitos, pasamos de una sociedad llena de tabúes en estos temas a una sociedad en que se toleran unos y se empieza a conversar los otros”.

Los resultados del Estudio; que además arrojaron una “disminución sistemática” de la importancia de la religión del 51 por ciento al 40 por ciento entre 1990 y el 2006, revelan que Chile es un país que “siente fuertemente haber salido de un lugar contenido donde estaban vetados todos estos temas, hacia un campo abierto (...). El cambio que se nos viene encima, es el de abordar cada uno de ellos y tomar posiciones”.

Y el desafío a nivel legal no pasa porque las leyes estén divorciadas del pudor, la moral o las buenas costumbres. De hecho, tales elementos están expresamente resguardados en diversas normas internas, incluido artículos de la Constitución Política, en específico en el 19.

El punto es que Moral y Derecho no son lo mismo. Tampoco, como ocurre con el artículo 373, la defensa de la moral o el pudor puede valerse de herramientas ambiguas que, a la par, sirvan para actos que violentan la propia Constitución, el alma legal de toda sociedad, y dejan el poder mayoritario a un único sector, las policías, para definir cuando existen ofensas de tipo valórico o de trascendencia pública en ese plano.

EFFECTOS DE LA APLICACIÓN

No es fácil seguir un registro de los efectos negativos de la aplicación del artículo 373 del Código Penal en las personas, pues se vive en un país donde las denuncias por atropellos pocas se veces se hacen.

Como muestra el estudio "Opinión sobre el abuso de poder", efectuado el 2004 por la Corporación Genera Ideas y Acciones Colectivas, arrojó que el 94 por ciento de los chilenos estima que los derechos son respetados poco (70 por ciento) o nada (24 por ciento) en nuestro país, pero el número de denuncias es infinitamente inferior a ese, según reportes de instancias públicas y privadas.

Con todo, unos de los documentos ciudadanos que ha seguido de cerca el las arbitrariedades a que da paso el artículo 373, son los Informes Anuales de Derechos Humanos de las Minorías Sexuales Chilenas elaborados por el Movilh.

De acuerdo al V Informe Anual, entre el 2002 y el 2006 se registraron 13 denuncias de mala aplicación del 373 que derivaron en golpizas, ofensas, torturas, y detenciones policiales arbitrarias contra personas homosexuales o transexuales que expresaron su afecto en público (al igual como lo hacen comúnmente los ciudadanos heterosexuales), así como en allanamientos a espacios de concurrencia de minorías sexuales que cuentan con los permisos correspondientes.

La situación ha sido tan dramática que en mayo del 2005 la Cámara de Diputados aprobó por 41 votos a favor y 7 en contra el denominado Proyecto de Acuerdo contra los Delitos por Homofobia o Transfobia.

En dicho texto, la Cámara pidió "a los tribunales, Carabineros, Investigaciones y el Gobierno" un compromiso claro para terminar con las injusticias que afectan a las minorías sexuales y se demandó expresamente a las policías tratar con "rigurosidad y máxima diligencia" los casos que involucraran a este sector de la población.

En tanto, y tras la lectura de los mencionados Informes Anuales de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresó el 26 de marzo pasado su preocupación al Estado chileno por el tipo de hechos denunciados en esos textos.

En ese sentido se recomendó al Estado Chileno "garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de su orientación sexual, incluyendo la igualdad ante la ley".

Y es que la aplicación del 373; que no sólo ha afectado a las minorías sexuales, se ha traducido en la praxis en una violación contra disposiciones nacionales e internacionales ratificadas por Chile que son básicas para el respeto integral a los derechos humanos, toda vez que las detenciones han derivado en faltas a normas que resguardan la integridad moral, física y psíquica, la protección de la honra, la dignidad y la vida privada, la igualdad ante ley, la no discriminación y el derecho de asociación.

A nivel nacional, la aplicación del 373 es inconstitucional pues violenta:

-El artículo 1 de la Constitución, según el cual "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

- El artículo 19 número 1 de la Constitución, que garantiza "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (...) Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo".

- El artículo 19 número 2 de la Constitución que garantiza a las personas "la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no

hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la Ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias”

-El artículo 19 número 3 de la Constitución que garantiza “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

-El artículo 19 número 4 de la Constitución que garantiza “el respeto y la protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

-El artículo 19 número 6 de la Constitución que garantiza “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos”.

El artículo 19 número 7 de la Constitución que garantiza “el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”.

El artículo 19 número 12 de la Constitución, que garantiza “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio”.

El artículo 19 número 13 de la Constitución que garantiza “el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”

El artículo 19 número 15 de la Constitución que garantiza “el derecho de asociarse sin permiso previo”.

A nivel internacional, todos esos derechos están además garantizados en diversos tratados ratificados por Chile como son:

a.- La “Convención Americana de los Derechos Humanos”, de la OEA (ratificada en 1990)

b.- La “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, de la ONU, ratificada en 1971.

c.- El “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, de la ONU, ratificado en 1972.

d.- El “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, de la ONU, ratificado en 1972

e.- La “Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, de la ONU, ratificada en 1988

En síntesis, porque el artículo 373 del Código Penal:

1.- Se ha prestado para aplicaciones arbitrarias que violentan derechos constitucionales y garantizados en tratados internacionales.

2.- Tiene una interpretación ambigua, amplia y discrecional que da paso a diversas arbitrariedades.

3.- En la casi totalidad de los casos de su aplicación, no han existido escándalos de trascendencia pública.

4.- En la casi totalidad de los casos los únicos testigos del supuesto hecho que ofende el pudor han sido las policías y no ha habido terceros afectados.

5.- En la casi totalidad de los casos las personas han quedado liberadas por falta de méritos, provocando pérdidas económicas y de tiempo en el sistema judicial, mientras que cuando ello así no ha ocurrido ha sido porque intervinieron otros hechos calificados de delitos por nuestra legislación.

6.- Es una norma innecesaria, toda vez que los delitos vinculados a las ofensas al pudor, y relacionados con aspectos sexuales, están claramente establecidos en otras leyes, las cuales son aplicadas con rigor

7.- No recoge ni da cuenta de los cambios valóricos y culturales experimentados por la sociedad desde 1874.

Se propone al H. Congreso Nacional el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTICULO PRIMERO: Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1. Deróguese el artículo 373.