

## **Delito de solidaridad e infracciones sexuales a la francesa**

**José Hurtado Pozo**

### **I. Eximente solidaridad e inmigración clandestina**

Los artículos L622-1 y L622-4 del Código de extranjeros, francés, preveían como delito reprimido con la pena de prisión de cinco años y de 30,000 euros de multa, el hecho de ayudar, directa o indirectamente, un inmigrante clandestino a entrar, circular o permanecer irregularmente en Francia.

De esta manera, se estatuyó el llamado “delito de solidaridad”, objeto de amplias e intensas discusiones por considerarse, en particular, que iba contra la divisa republicana proclamando la solidaridad, junto a la libertad y a la igualdad. Así, se alegaba que la ayuda prestada a inmigrantes con fines humanitarios y desinteresados no debía convertir a ciudadanos bien intencionados en delincuentes.

El Consejo Constitucional, pronunciándose sobre dos “cuestiones prioritarias de constitucionalidad” (decisión del 6 de julio de 2018), planteadas por la defensa de dos condenados por el mencionado delito, ha acogido parcialmente las críticas formuladas contra las dos disposiciones del Código de extranjeros, antes citados. En la medida en que declara que “la ayuda prestada al extranjero para su circulación (en territorio francés) no tiene necesariamente como consecuencia, al contrario de aquella brindada a su entrada, hacer surgir una situación ilícita”. De modo que resulta excesivo afirmar que ha sido derogado el “delito de solidaridad”, cuando en realidad lo que el Consejo Constitucional ha hecho es ampliar las circunstancias de “inmunidad humanitaria” (justificantes).

Esta decisión del Consejo ha sido recibida positivamente por el avance que implica respecto a la orientación represiva de las disposiciones del Código de extranjeros y al reforzamiento de los derechos constitucionales.

### **II. Presunción de coerción moral y violación de menores**

Esta orientación es sin embargo diversamente apreciada en cuanto a la regulación de las infracciones sexuales, cuya modificación está en marcha con miras a mejor proteger los menores. La cuestión se plantea sobre la necesidad u oportunidad de prever la “violación presunta” de menores de quince años, en base a que son incapaces plenos de consentir la práctica de actos de orden sexual.

El argumento principal es que la violación de menores no puede ser tratada de la misma manera que la violación de adultos, la cual requiere que el violador haya actuado contra la voluntad, sin el consentimiento, de la víctima. Por lo que debe haber recurrido a violencia, amenaza, coerción, para vencer la resistencia de la víctima.

Contra la presunción del “no consentimiento” se señala que el Consejo de Estado ha opinado que es insuficiente la sola circunstancia de que el autor “no podía ignorar la edad de la víctima” para determinar la intención del delincuente” y que podía ser rechazada por el Consejo Constitucional, el que sostiene que “una persona imputada debe tener siempre la oportunidad de aportar la prueba de su inocencia”.

De manera que resultaría contraproducente la propuesta gubernamental de introducir una “presunción de coerción moral” en el caso de relaciones de orden sexual entre una persona adulta y un menor. Presunción consistente en que, en dichos casos, la coerción moral o la sorpresa pueden deducirse del abuso de la ignorancia de la víctima, carente de la madurez o del discernimiento indispensables para consentir tales relaciones.

El objetivo del gobierno es flexibilizar las condiciones típicas del delito de violación, para hacer posible la represión efectiva de quien ha cometido actos de orden sexual sobre la persona de un menor, evitando que se plantee la cuestión del consentimiento gracias a la “presunción irrefragable del no consentimiento, de la coerción moral”. Esta nueva regulación tendría el papel de subsidiaria respecto a la que reprime la violación.

La insatisfacción de los promotores de la protección de las mujeres y de los menores en el ámbito de la sexualidad reside en el hecho que se hace del crimen de violación un delito de atentados de orden sexual, el mismo que es menos severamente reprimido que el primero.

### **III. Moraleja**

Entre los dos casos, el punto fundamental que merece destacarse, sobretodo, es la preocupación de legislar y, por tanto, criminalizar comportamientos y personas, conforme al marco constitucional. Lo que va a favor del reforzamiento de los derechos personales y en contra de recurrir exageradamente al poder punitivo.

Moraleja: Es más conveniente reprimir, cierta y eficazmente, imponiendo penas proporcionadas que amenazar con penas severas mediante leyes, que devienen letra muerta en la mayor parte de los casos por predominar la impunidad, debida a las insuficiencias del control social y judicial. Es urgente evitar los efectos perversos del “derecho penal simbólico”.

**Fribourg, julio 2018**