

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ
FACULTAD DE DERECHO
CURSO:DERECHO PENAL III – PARTE ESPECIAL
PROFESOR: ANTONIO BASCUÑÁN

DELITOS CONTRA LA AUTONOMÍA SEXUAL

Versión actualizada al 30 de Agosto de 2001

(Con observaciones relativas a las modificaciones introducidas por la Ley 19.927)

Material de Estudio editado para uso exclusivo de los Estudiantes del Curso de Derecho Penal.

No reproducir ni citar sin autorización del autor.

Peñalolen, Mayo de 2007.

I.- *Introducción.*

“In trutina mentis dubia
fluctuant contraria
lascivus amor et pudicitia.

Sed eligo quod video,
collum iugo prebeo;
ad iugum tamen suave transeo.”

Carmina Burana.

1.- *La evolución histórica de la regulación penal del comportamiento sexual¹.*

En el lapso que va del Siglo XII a los umbrales del Siglo XXI, las normas punitivas de la actividad sexual en Occidente han experimentado una considerable evolución. Este es, ciertamente, un fenómeno común a todos los ámbitos del derecho positivo, por su misma condición histórica. En el caso de las normas sobre delitos sexuales, esa evolución ha ido sin embargo de la mano de una confrontación de modelos regulativos explícitamente antagónicos: el del derecho común y el de la Ilustración. La codificación (Siglo XIX) puede caracterizarse como un intento de síntesis o compromiso entre ambos modelos rivales, mientras que el modelo regulativo que se ha ido imponiendo en la segunda mitad del Siglo XX, y que denominaremos “reformismo”, se concibe a sí mismo como un replanteamiento del modelo de la Ilustración. Veamos brevemente esta confrontación.

1.1. *El modelo del derecho común².*

Determinado en lo esencial en sus planteamientos por la teología moral de la escolástica, recibida a través del derecho canónico, el modelo del derecho común considera como objeto de protección el orden natural del comportamiento sexual. El concepto central descriptivo del comportamiento injusto es el de lujuria, esto es, la pasión del goce desordenado del placer sexual o placer carnal (de aquí la denominación de “delitos carnales” para los delitos sexuales).

Para este paradigma, el orden natural del comportamiento sexual es el coito heterosexual vaginal (“natural” = dirigido a la procreación) realizado por dos personas unidas por el vínculo jurídico indisoluble del matrimonio (“orden” = marco institucional). Conforme

¹ El contenido de esta sección es una versión abreviada de la conferencia dada en el marco de las Jornadas sobre Problemas Éticos Cruciales del Derecho Contemporáneo, efectuada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile - Valdivia, en los días 7 y 8 de Agosto de 1997. La conferencia se titula *Problemas Básicos de los Delitos Sexuales*, y se encuentra publicada en un Número Especial de la Revista de Derecho de la mencionada Facultad, del mes de Agosto de 1997, págs. 73-94. La terminología y el esquema de análisis de los modelos regulativos de la sexualidad presentados en esta conferencia han sido recogidos, aunque sólo en parte, por José Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, Santiago, 2000, págs. 29-94.

² Para una exhaustiva exposición de la regulación de la sexualidad en el medioevo europeo, James A. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

a esta concepción, la distinción sistemática central de esta clase debe establecerse entre la infracción de la prohibición del placer sexual extramatrimonial y la infracción a la prohibición del placer sexual antinatural. A la primera categoría pertenecen los delitos de adulterio, raptó, estupro, prostitución y simple fornicación. Los dos últimos delitos fueron usualmente tolerados por la legislación penal, aunque estaban proscritos por el modelo regulativo.

A la segunda categoría pertenecen varias figuras, todas ellas reunidas en el concepto amplísimo del delito de sodomía, que entendido en su sentido más genérico como acción *contra natura* admitía sucesivas especificaciones. La primera especificación era la que distinguía entre sodomía propia y sodomía impropia, atendiendo a si en la realización de la acción *contra natura* intervenían o no más de un ser vivo. El concepto de *sodomía impropia* -muy expresivo de las posibilidades de manipulación de este término- quedaba en consecuencia reservado para prácticas sexuales como la masturbación solitaria o la necrofilia. En el ámbito de la *sodomía propia*, se procedía luego a distinguir diversas formas, según la naturaleza del otro interviniente y el acto lujurioso realizado. Así surgían la *sodomía por razón de naturaleza*, comprensiva de las acciones sexuales practicadas con animales, la *sodomía por razón de género*, referida a las acciones homosexuales (masculinas o femeninas), y finalmente la *sodomía por razón del orden natural*, relativa al coito anal heterosexual y demás acciones lujuriosas manifiestamente dirigidas a un fin distinto de la procreación. El grado de extensión con que la ley penal estatutaria concebía la sodomía fue por lo general una cuestión incierta, que dio lugar a intrincadas disputas doctrinarias.

En este paradigma, el abuso de la otra persona no constituía un elemento esencial de lo injusto. El uso de *vis* podía agravar la pena o cambiar el título de incriminación (por ejemplo, de adulterio a raptó), pero era siempre algo secundario. Lo esencial era única y exclusivamente la infracción al orden natural del comportamiento sexual.

1.2. *El modelo de la Ilustración.*

El punto de partida de este modelo es la sustitución del marco legitimatorio más fundamental del discurso jurídico. En vez de un derecho natural fundamentado en consideraciones cosmológicas, la Ilustración postula un conjunto de derechos subjetivos que se reconocen recíprocamente los hombres como agentes igualmente racionales, interesados en conservar el máximo grado de libertad compatible con su seguridad. Como consecuencia de este cambio, el delito deja de ser entendido como una infracción a un orden natural, para pasar a constituir una lesión de un derecho subjetivo, ya sea originario, es decir, adquirido en virtud del contrato social, o derivado, esto es, adquirido por un título posterior.

Puesto que todo delito debía ser vinculado a un derecho subjetivo y entendido como la lesión de ese derecho, la categoría de los delitos carnales tenía que desaparecer, y los delitos que la componían sólo podían permanecer en el sistema en la medida en que pudieran ser reconducidos a un derecho subjetivo. Así, el adulterio fue mantenido bajo su consideración como lesión de derechos derivados del contrato matrimonial. Pero la gran contribución del planteamiento ilustrado fue la consideración de los delitos de raptó, estupro y violación como delitos contra la libertad. El raptó y la violación mediante coacción (estupro violento) fueron precisamente definidos como delitos de fuerza, lo que hacía obvia su reordenación sistemática como delitos contra la libertad, junto a la privación de libertad (secuestro) y el robo de hombre (transportar por la fuerza a un país o ejército extranjero, acarreado la pérdida del estatus de

hombre libre). En lo que concierne al estupro, su incorporación en esta categoría exigió además una redefinición de su contenido. En vez de consistir en la simple desfloración de una mujer sexualmente inexperta, la Ilustración lo concibió como el abuso sexual que se caracteriza porque el acto “no es violento ni voluntario”, introduciendo aquí todos los casos de abuso no coactivos, como el engaño o el aprovechamiento de la incapacidad de resistir o de autodeterminarse.

Junto con este concepto estricto de delito como lesión de derecho subjetivo, la Ilustración manejaba sin embargo un concepto complementario, el de los “delitos de policía”, que se consideraban como una lesión al derecho general que el Estado tiene a ser obedecido por sus súbditos. Esta construcción conceptual, manifiestamente inconsistente, sirvió para explicar de algún modo la pervivencia de la incriminación de conductas inmorales o indecorosas, o sea, de infracciones a la moral sexual.

En todo caso, ella produjo el efecto de una desvaloración punitiva. En vez de constituir la expresión más pura de lo injusto del delito sexual, los delitos contra la moral sexual, entendidos como delitos contra la moral social, pasaron a ser infracciones de rango cuasi administrativo.

Esta doble consideración de la regulación penal del sexo (como delito contra la libertad y como infracción de normas de policía) es característica de la codificación liberal temprana, tal como se la encuentra, por ejemplo, en la Ley General sobre Crímenes y su Punición austríaca de 1787 (también denominada “Josefina”, por José II, su autor), y ese documento genial que fue el Código Penal español de 1822.

1.3. El modelo de la codificación del Siglo XIX.

La codificación es ciertamente un proceso originado por la Ilustración, pero es también un proceso de la restauración contra-ilustrada. Este sincretismo se manifiesta muy especialmente en la regulación de los delitos sexuales.

La codificación mantuvo la identidad de clase o categoría del grupo de delitos sexuales que la Ilustración trató sistemáticamente como delitos contra la libertad, respetando su consideración como atentados contra una persona. Pero este grupo de delitos –raptos, violación, estupro abusivo, abuso sexual- fue tratado sistemáticamente como parte de una clase más extensa de delitos, a la cual volvieron a pertenecer todos los “delitos carnales” –adulterio, incesto, sodomía, ofensa al pudor, prostitución, pornografía-. Con ello, la idea regulativa fundamental de la Ilustración quedó transformada en un principio sistemático secundario o subordinado.

El principal problema sistemático de este modelo consistió en encontrar un concepto que sirviera de común denominador a todos los delitos sexuales y que fuera además relevante como principio ordenador dentro del sistema de la Parte Especial. La codificación alemana vio ese común denominador en las buenas costumbres, en el sentido de la moral social. La codificación toscana, en el pudor y el orden de la familia. La codificación belga, en la moralidad pública y el orden de la familia. Finalmente, la codificación española caracterizó a los delitos sexuales como “delitos contra la honestidad”, fórmula que como luego se verá fue objeto de interpretaciones disímiles.

Por supuesto, este intento de síntesis hecho por la codificación no se refleja tan solo en las denominaciones usadas en los epígrafes de los textos legales. Cuando el abuso sexual es concebido como una específica forma de infracción a la moral social, pasan a jugar un rol importante consideraciones moralizantes que no tienen relación alguna con la idea de la libertad sexual como bien jurídico protegido. Así por ejemplo, el trato diferenciado de distintas clases de personas como víctimas más o menos dignas de protección y el trato indiferenciado de medios o circunstancias de comisión, son características usuales en los textos legales del Siglo XIX, en las que se expresa la concepción moralizante del derecho. Este residuo moralizante perdura incluso al interior del subsistema de los delitos contra la autonomía sexual, a pesar de la influencia de la Ilustración.

1.3. *El modelo del reformismo del Siglo XX.*

Desde el paso del Siglo XIX al XX es perceptible en Europa una clara tendencia a reformar la regulación de la codificación, para despenalizar todas las conductas que no impliquen un atentado o abuso sexual de una persona por parte de otra. Por esta razón, el reformismo se presenta a sí mismo como un replanteamiento más radical del modelo regulativo de la Ilustración. Al reformismo ya no le basta con negar la aceptación de los “delitos carnales” en el sistema de la Parte Especial, relegándolos a la condición de infracciones de policía, sino que dirige sus esfuerzos a su total eliminación del Derecho penal positivo. Para el reformismo, la solución del derecho penal positivo surgido de la Ilustración es tan inaceptable como la regulación del derecho común.

Desde un punto de vista cultural, el reformismo también presenta dos rasgos que lo diferencian del planteamiento ilustrado. En primer lugar, que se apoya en una base jurídico-positiva supralegal, como lo es la interpretación liberal de la Constitución. En segundo lugar, que el reformismo no ha coincidido históricamente con el ascenso al poder de una clase social con una identidad marcada, que incluía pautas determinadas de comportamiento sexual, como fue la relación de la codificación con la burguesía. Por el contrario, el reformismo ha coincidido con un modelo de sociedad crecientemente pluralista y multicultural, y con dos revoluciones culturales abiertamente liberadoras de la moral sexual, y en particular de la sexualidad femenina, como lo fue la década anterior a la Primera Guerra Mundial y lo fueron aún más intensamente los años sesenta.

La primera consecuencia que se deduce del planteamiento reformista es que para la configuración de las distintas hipótesis delictivas pasa a tener prioridad sistemática la consideración del medio de ataque por sobre el objeto de la acción. Mientras que para el modelo del derecho común lo crucial era la naturaleza de la acción sexual realizada, y esta consideración fue parcialmente mantenida por la codificación, para el reformismo lo esencial es la modalidad de abuso empleada, ya que ella determina las características del atentado contra la esfera de autonomía del otro.

El otro rasgo distintivo del reformismo es su tesis reduccionista. Para enfrentar la regulación de las ofensas al pudor y la pornografía, el reformismo no plantea simplemente como estrategia derogar las reglas moralizantes, sino más bien transformar la materia de la prohibición, haciendo de la infracción de una regla moral un caso de involucramiento no consentido por otro en un contexto de significación sexual. El exhibicionismo deja así de ser una ofensa a la decencia, para pasar a ser una molestia a otro, un acto de constreñimiento —en

sentido amplio- a participar o presenciar un contexto de significación sexual. La pornografía deja a su vez de ser el tráfico de una cosa obscena, para pasar a ser una oferta molesta, o, en su versión más radical, una oferta a personas que por escasa edad no son destinatarios competentes para recibirla.

El reformismo se ha impuesto en la legislación europea. En Alemania, el planteamiento reformista fue defendido por el Proyecto Alternativo frente al Proyecto Gubernamental, de inspiración claramente conservadora en esta materia, logrando un importante –pero parcial- éxito en la reforma de 1975. Desde entonces, la legislación alemana ha experimentado un proceso de sucesivas modificaciones parciales en la línea político-criminal del reformismo. En España se dio el fenómeno inverso, en que el reformismo se fue imponiendo paulatinamente mediante reformas sucesivas, hasta producirse la total transformación de la regulación con la dictación del nuevo Código Penal de 1995.

2. *El Código Penal chileno y sus modificaciones posteriores.*

El Código Penal chileno, que entró en vigencia el 1º de Marzo de 1875, reflejaba fielmente el modelo regulativo de la codificación, recibido a través de sus dos fuentes materiales, el Código Penal belga de 1867 y el Código Penal español de 1848/50.

Del Código Penal belga provino el epígrafe del Título VII, “Crímenes y simples delitos contra la moralidad pública y el orden de la familia”, y su consideración sistemática como apartado omnicomprendivo de los delitos con alguna significación sexual. Estos rasgos siguen inalterados.

Del Código Penal español, por su parte, provenía la regulación concreta de las conductas delictivas. Esta comenzaba con el delito de raptó (Arts. 358-360), seguía con el delito de violación (Arts. 361-362), para proseguir con los delitos de estupro, incesto, sodomía, abusos deshonestos y prostitución o corrupción de menores (Arts. 363-367). Luego el Código establecía algunas reglas comunes a los delitos anteriores (Arts. 368-372), y posteriormente los delitos de obscenidad (Arts. 373-374) y adulterio (Arts. 375-381). La distinción que se hacía en el delito de raptó entre la mujer “de buena fama” y la que “no goza de buena fama”, estableciéndose una pena mayor para la primera (Art. 358), la equiparación del uso de fuerza o intimidación con las circunstancias de hallarse la víctima privada de razón o sentido o de ser menor de doce años, todos ellos como medios o circunstancias de igual gravedad (Art. 361), así como la definición legal del abuso sexual genérico como “abuso deshonesto” (Art. 306), son todas manifestaciones típicas de la pervivencia del modelo regulativo del derecho común al interior la codificación.

La pervivencia del modelo regulativo de la codificación en el derecho chileno ha sido notable. Hasta 1999, esto es, durante más de cien años, los Arts. 358 a 381 sufrieron escasas modificaciones. Además, salvo por una de esas modificaciones -la introducida por la Ley 19.335, de 1994, que derogó el delito de adulterio-, todas han confirmado e incluso profundizado el modelo regulativo originario de 1875.

Estas leyes de reforma fueron las siguientes³:

- a) la Ley 17.727, de 1972, que introdujo un segundo inciso en el Art. 365, para sancionar como tipo calificado de sodomía, con una pena idéntica a la del delito de violación, el caso de su comisión en menores de catorce años o concurriendo las circunstancias del delito de violación;
- b) el D.L. 2.967, de 1979, que aumentó la penalidad de la violación de una mujer menor de doce años (Art. 361, inciso final) y la sodomía de un varón menor de catorce años (Art. 365 inciso final); este Decreto Ley introdujo también un tipo calificado de violación o sodomía con resultado de muerte (Art. 372-bis);
- c) la Ley 19.409, de 1995, que introdujo el delito de proxenetismo internacional (Art. 367-bis), que sanciona no sólo casos de abuso, sino incluso el favorecimiento de la prostitución consentida por una persona adulta.

Así pues, en vez de las reformas desincriminatorias experimentadas por el derecho comparado, lo sufrió el Código Penal chileno fue un incremento de las cuantías de las penas y una ampliación de los ámbitos típicos de las distintas figuras.

3. *La reforma introducida por la Ley 19.617.*

La Ley 19.617, publicada en el Diario Oficial del Lunes 12 de Julio de 1999, introdujo modificaciones en prácticamente todas las disposiciones del Código Penal relacionadas con la regulación de los delitos de significación sexual. Sin embargo, esta Ley no realizó una reforma profunda, en el sentido de una transformación del modelo regulativo de la codificación. Muy por el contrario, el núcleo de la reforma consistió precisamente en hacer explícito ese modelo, estableciendo con mayor nitidez y precisión las relaciones sistemáticas que existen entre los delitos de violación, estupro y abusos deshonestos conforme a la estructura normativa adoptada por el derecho chileno en el Siglo XIX.

El dato anterior es de la mayor importancia. La única forma de entender el sentido y alcance de las modificaciones, así como de resolver correctamente los innumerables problemas de selección de la ley aplicable en el tiempo que plantea la reforma, es asumiendo que pese a la completa modificación del texto legal existe una *esencial continuidad normativa* entre el Código Penal originario y la regulación actualmente vigente⁴. Esta continuidad fue posible porque la reforma se inspiró en una construcción dogmática postulada como reconstrucción racional del Código Penal, en el sentido de la mejor interpretación disponible desde un punto de vista

³ Además de estas tres leyes, cabe señalar la disminución de la mayoría de edad, de veinte a dieciocho años, introducida como consecuencia de una reforma al Código Civil (Ley 19.221, de 1993), y la errónea sustitución del término “reo” por el término “procesado” en diversas disposiciones, debida a la temeridad del legislador y a la torpeza del Ejecutivo (D.F.L. N°3, de 20 de mayo de 1992).

⁴ Esta afirmación presupone compartir la distinción entre norma y disposición (o formulación de la norma): esta última es una oración ostensivamente identificable por referencia a un texto autoritativo, aquella es en cambio el sentido o significado prescriptivo postulado como interpretación de la disposición. Dos disposiciones diversas pueden consagrar idéntica norma, tal como dos enunciados distintos pueden significar la misma proposición.

sistemático-legal y político-criminal. Este carácter lo adquirió la reforma recién en su segundo trámite constitucional.

En sus orígenes, el proyecto de ley que devino posteriormente en la Ley 19.617 (Boletín N° 1048-07) no tenía el carácter de una reforma de la regulación penal sustantiva. La finalidad de política legislativa perseguida por el mensaje presentado por el Presidente Patricio Aylwin en la Cámara de Diputados⁵ era de naturaleza primordialmente procesal-penal. Su objetivo consistía en modificar ciertas normas consideradas como obstáculos innecesarios a la eficaz prosecución de los delitos de abuso sexual, en particular aquellos cometidos en contra de menores de edad por personas de su círculo familiar o entorno más cercano⁶.

Transcurrido más de un año desde su ingreso a tramitación, el mensaje del Presidente Aylwin experimentó una transformación en virtud de una indicación sustitutiva formulada por el Presidente Eduardo Frei⁷, que incrementó considerablemente el número de disposiciones del Código Penal que se proponía modificar, cambiando con ello la orientación general del proyecto.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados emitió su primer Informe con fecha 10 de Mayo de 1995, y su segundo Informe con fecha 5 de Julio de 1995. El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados fue remitido al Senado el 2 de Agosto de 1995, habiendo experimentado cambios de cierta importancia con ocasión de su votación en Sala.

En general, puede decirse que el proyecto aprobado en primer trámite constitucional consistía en una iniciativa legal bien orientada, pero construida de modo defectuoso. Por ejemplo, la acción típica de la violación era definida como tener acceso carnal a otro “mediante cualquier tipo de penetración sexual”; por su parte, el delito de abusos sexuales era tipificado como “realizar otros actos de abuso sexual en contra de una persona”, sin distinguirse para efectos de la penalidad entre el empleo de medios propios de la violación y el empleo de medios propios del estupro. No menos indeterminadas eran las fórmulas propuestas para describir las acciones típicas de los nuevos delitos creados por la Cámara, como el delito de homosexualidad con menores de edad, definido como “tener relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo”, y el delito de acoso sexual, consistente en “pretender obtener prestaciones sexuales de otra persona mediante amenazas o presiones indebidas, abusando de la autoridad que le confiere su función o empleo”.

Con ocasión del primer trámite reglamentario en la Cámara Revisora, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado solicitó informes a diversas instituciones, dentro de las cuales se contaba la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El Departamento de Ciencias Penales respondió con un informe común, aunque con

⁵ Recibido el 29 de Julio de 1993 en la Oficina de Partes de la Cámara.

⁶ El proyecto fue elaborado en el seno del Servicio Nacional de la Mujer, sobre la base de una investigación encomendada a la Dirección de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica de Chile (DESUC), finalizada en Diciembre de 1992. La investigación tuvo por objeto denuncias por delitos sexuales formuladas en los tribunales del crimen, y arrojó como resultados un gran porcentaje de denuncias por abusos a menores de edad (71,5 %), concentrado en menores cuyas edades fluctuaban entre nueve y catorce años. Asimismo, el 71% de los casos denunciados correspondía abusos cometidos por miembros del entorno personal de las víctimas. Este perfil, que sorprendió a muchos, en verdad no es de extrañar, si se tiene presente que corresponde a una muestra de denuncias. La persona mayor de edad que ha sido víctima de un abuso sexual prefiere no exponer su intimidad, particularmente en los casos en que anticipa que la investigación será infructuosa debido al desconocimiento de la identidad del abusador.

⁷ N° 297-330, de 6 de Diciembre de 1994.

opiniones plurales de sus miembros. En ese informe se manifestó al Senado y al Ministerio de Justicia la necesidad de tomar una opción de política criminal bien definida: o bien se efectuaba una auténtica reforma del Código Penal, partiendo por los delitos contra la libertad y regulando luego desde el rapto hasta la pornografía, o bien el Legislador se contentaba con eliminar las inconsistencias y deficiencias de la regulación del Código Penal de 1875, pero manteniendo en lo esencial el modelo regulativo de la codificación. La Comisión y el Ministerio estimaron que no estaban en condiciones de embarcarse en una reforma de gran envergadura, y optaron por no romper la estructura básica de la regulación vigente. El primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado fue evacuado 22 de Enero de 1997, y el segundo Informe, el 26 de Agosto de 1997.

El proyecto aprobado por el Senado evidenciaba en ciertos puntos específicos rasgos propios de una política criminal innegablemente conservadora. Ese era el caso de la conservación del delito de sodomía consentida del Código Penal de 1875 y la mantención de la pena de muerte para la violación con homicidio, aunque restringida al homicidio cometido con dolo directo. En lo demás, el proyecto aprobado por el Senado podía caracterizarse como más bien liberal (o al menos, moderado), como luego se verá.

La propiedad distintiva más importante del proyecto del Senado era la mayor calidad conceptual y sistemática de su regulación de los delitos de abuso sexual (violación, abuso de la incapacidad de autonomía sexual de personas de entre doce y catorce años, estupro, abusos sexuales, involucramiento de menor impúber en interacción de significación sexual). En lo que respecta a la regulación de la violación, el estupro y los abusos sexuales, la regulación del Senado se basaba en una reconstrucción racional del Código Penal de 1875, originada en la Cátedra de la Universidad de Chile del Profesor Sergio Yáñez Pérez, Director del Departamento de Ciencias Penales.

En tercer trámite constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, si bien reconoció la calidad técnico-jurídica del proyecto, rechazó la mayoría de sus disposiciones, en ocasiones incluso prácticamente sin fundamentos. Así llegó el proyecto a Comisión Mixta, la que alcanzó acuerdos en todas las materias debatidas, evacuando su Informe el 6 de Noviembre de 1998.

En lo esencial, puede afirmarse que la estructura sistemática y conceptual dada por el Senado a los delitos sexuales se impuso en la Comisión Mixta. Las modificaciones experimentada por el proyecto recayeron sobre aspectos puntuales, aunque de innegable relevancia práctica. Salvo por la regulación de la pena de muerte en la violación con homicidio y el delito de sodomía, todas las modificaciones introducidas por voluntad de los Diputados en el proyecto del Senado consistieron en aumentos de penas y ampliación del ámbito típico de delitos.

El proyecto de la Comisión Mixta fue aprobado por las dos Cámaras, pero recibió un inesperado veto de parte del Presidente de la República.

Advirtiendo que el delito de violación de menores impúberes recibía en la nueva regulación un mínimo de cinco años y un día, en vez de los diez años y un día que le había impuesto la Junta de Gobierno en 1979, un abogado querellante en causas por abuso sexual de niños logró movilizar a los medios de comunicación en contra de la reforma a tal nivel, que el Presidente Frei se sintió forzado a formular un veto aditivo, para incorporar una norma que excluyera de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad (Ley 18.216) a los partícipes en la violación de impúberes.

Con la aprobación de ese veto quedó consolidada la Ley 19.617.

Además de la explicitación del sistema del Código Penal de 1875 en materia de violación, estupro y abusos sexuales, que es el núcleo de la reforma, la Ley 19.617 introdujo otras modificaciones puntuales, algunas de las cuales constituyen claros –aunque tímidos– progresos desde el punto de vista de una política criminal liberal y respetuosa de los principios de la proporcionalidad y legalidad. Ese es el caso, por ejemplo, de:

- (a) la limitación expresa del ámbito de los abusos sexuales a acciones que satisfagan ciertos requisitos específicos (nuevo Art. 366 ter.); antes de la reforma, la acción típica consistía lisa y llanamente en “abusar deshonestamente de persona de uno u otro sexo”;
- (b) la moderación del grado inferior de la pena de la violación de menores de doce años (nuevo Art. 362); originariamente, esta hipótesis compartía el marco penal de todas las demás hipótesis de violación (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio); en 1979 (*vid. supra*, núm. 2), su pena ascendió a presidio mayor en sus grados medio a máximo; la reforma no alcanzó a devolverle su penalidad originaria, pero al menos fijó su mínimo en un grado inferior (presidio mayor en su grado mínimo).
- (c) el sometimiento del abuso sexual de varones menores de catorce pero mayores de doce años a las mismas reglas de los delitos de estupro y de los abusos sexuales correlativos (nuevos Arts. 363 y 366 N°2); antes de la reforma, en la medida en que el abuso fuera calificable de “hacerse reo de sodomía” (antiguo Art. 365), la pena era la de presidio mayor en sus grados medio a máximo;
- (d) la derogación de la regla especial de punición del *iter criminis* del delito de violación (Art. 362); antes de la reforma, se sostenía –aunque no sin controversia– que la disposición originaria del Código Penal imponía al tribunal el deber de punir la tentativa de violación como violación consumada;
- (e) la derogación de la hipótesis de corrupción de menores (Art. 367), sancionada por el Código Penal originario (por error de su Comisión Redactora) con la exorbitante pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados;
- (f) la restricción del ámbito de aplicación y del efecto agravatorio de la circunstancia agravante especial de los delitos sexuales (Art. 368); antes de la reforma, esta regla se aplicaba indiscriminadamente a todas las hipótesis de violación, estupro, sodomía y abusos sexuales, imponiendo el grado máximo de la pena prevista por la ley; actualmente, sólo se aplica a algunas hipótesis, produciendo el efecto de excluir el grado mínimo de la pena legal.

Desgraciadamente, hay que reconocer que la parte más llamativa de las reformas introducidas por la Ley 19.617, y probablemente la destinada a producir los efectos prácticos de mayor trascendencia, no sigue la orientación liberal antedicha, sino que mantiene la tendencia a la intensificación de la represión penal del comportamiento sexual que ha caracterizado la política jurídica chilena. Tal es el caso, principalmente de:

- (a) la ampliación del ámbito típico del delito de violación al coito anal heterosexual y al coito oral (nuevos Arts. 361 y 362); hasta la reforma, estas conductas eran constitutivas de abusos deshonestos (Art. 366), discutiéndose en todo caso si el coito oral homosexual masculino era más bien constitutivo de sodomía (Art. 365); esta ampliación del ámbito típico de la violación implica la extensión del ámbito de

- aplicación de una pena desproporcionadamente severa, particularmente en lo que se refiere a la violación de impúberes;
- (b) la previsión de un supuesto para un menor de dieciocho pero mayor de doce años como víctima en el nuevo delito de involucramiento en una acción de significación sexual (nuevo Art. 366 cuater inciso final), en circunstancias que este delito sólo tiene justificación sistemática como protección de menores impúberes; esto implica extender la regulación penal del comportamiento sexual más allá del límite tradicionalmente impuesto incluso por el modelo de la codificación.

Sería incurrir en un error, sin embargo, creer que estas modificaciones respondieron a planes deliberadamente liberales o conservadores por parte de los agentes legislativos. Es bien sabido que el Senado ha sido marcadamente conservador en su política legislativa, y la Cámara de Diputados, por contraste mucho más liberal. Pese a ello, la mayoría de las reformas de orientación liberal antes mencionadas fueron introducidas por el Senado (y las que no, fueron en todo caso mantenidas por el Senado), mientras que los Diputados son los autores de las dos principales modificaciones conservadoras.

Lo que mejor ejemplifica esta falta de perfiles nítidos de las orientaciones de política criminal de los agentes legislativos son las vicisitudes sufridas por el delito de sodomía. Como se comprenderá, esta es una de las cuestiones cruciales en la confrontación entre el modelo del derecho común y el de la Ilustración o el reformismo. La postura moralizante fue defendida por el Senado. Pero su defensa no fue consistente. Aunque el Senado optó por mantener el delito de sodomía simple (Art. 365 inicio primero), no advirtió mayores inconvenientes en reconducir la sodomía calificada al delito de violación, e incluir supuestos de sodomía en el delito de estupro. Desde un punto de vista sistemático y conceptual, esta es una contradicción en los términos. O bien la relación homosexual es equiparable en su tratamiento a la relación heterosexual, o bien no lo es. Si lo es, como parecería resultar de los nuevos delitos de violación y estupro, entonces no tiene sentido sancionarla cuando los intervinientes consienten válidamente en ella (sodomía simple). Y si, por el contrario, la relación homosexual debe sujetarse a otros parámetros de punibilidad, entonces lo que no tiene sentido es tratarla en casos de abuso (sodomía calificada) de modo equivalente a la relación heterosexual (violación y estupro).

Por su parte, la Cámara de Diputados había rechazado previamente la incriminación de la sodomía simple. Ello tuvo lugar, sin embargo, de un modo aún más contradictorio que la posterior decisión del Senado. En vez de optar derechamente por la derogación del delito, la Cámara aprobó el establecimiento de un delito de relación homosexual con menores de edad pero púberes, incluyendo expresamente la punición de la homosexualidad femenina. Con ello, la Cámara no sólo validó el principio moralizante de la incriminación de la homosexualidad, sino que además extendió su ámbito de aplicación, declarando punible una conducta que había sido tolerada por toda la tradición legislativa chilena. Ni el legislador del Siglo XIX, ni los Reyes Católicos, ni Alfonso el Sabio y ni siquiera los reyes visigodos consideraron necesario castigar el lesbianismo cuando sancionaron la sodomía. La Cámara de Diputados de la República de Chile, en los umbrales del Siglo XXI, sí.

Finalmente, la Comisión Mixta llegó a la fórmula más sensata posible con este distorsionado horizonte de referencia, cual fue mantener un delito de sodomía como acceso carnal homosexual masculino a un menor púber (nuevo Art. 365). La norma deja abierta la interrogante acerca de qué postura de política legislativa se impuso en definitiva en la reforma,

si la consideración conservadora de la sodomía con infracción de la moral social sexual⁸, o su concepción más liberal como abuso de otro.

Observación. La regulación de los delitos sexuales introducida por la Ley 19.617 sufrió una drástica alteración con la entrada en vigencia de la Ley 19.927, publicada en el Diario Oficial de 14 de Enero de 2004. Pretendiendo establecer normas sobre pornografía infantil, la Ley 19.927 aumentó la edad para la consideración de una persona como impúber, de 12 a 14 años, introdujo un nuevo delito de abusos sexuales aplicable por igual a menores y mayores de edad, así como un nuevo delito de interacción sexual con menores púberes, aumentó las penalidades de los delitos de violación, violación de impúber y abusos sexuales, introdujo para todos los delitos de significación sexual la nueva pena de inhabilitación absoluta y temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, autorizó medidas excepcionales de intromisión en la privacidad para la investigación de estos delitos, e introdujo modificaciones en las reglas sobre procedimiento penal, medidas alternativas a las penas privativas de libertad, libertad condicional, indultos particulares, registro de condenas, así como en la legislación de menores, y aplicó la regla de jurisdicción universal para delitos de significación sexual. Esta ley es el ejemplo más elocuente de una política criminal carente de proporción.

4. *Los delitos contra la autonomía sexual.*

Si se parte de la premisa que la protección del libre desarrollo de la personalidad es el criterio justificatorio primario y fundamental del ejercicio de la coacción estatal, resulta forzoso concluir que el universo de los delitos sexuales debe dividirse en al menos dos categorías básicas. Por una parte están los delitos de abuso sexual, en los cuales una persona vulnera la autonomía de otra persona en la esfera de su sexualidad. Por otra parte están los delitos de mera inmoralidad, en los cuales una persona infringe reglas de moral social relativas al comportamiento sexual, sin abusar de ninguna persona determinada. La punición de los primeros es *prima facie* legítima, la de los segundos, ilegítima.

En estos materiales no nos ocuparemos del estudio de los delitos sexuales de mera inmoralidad⁹. En adelante sólo nos referiremos a los delitos de abuso o delitos contra la autonomía sexual.

⁸ Es importante tener presente que la postura conservadora, al menos en este caso, no respondía a una finalidad primariamente punitiva. El propósito de política legislativa que inspiraba la posición conservadora en este punto era la necesidad de mantener un dique penal para contener la avalancha de problemas jurídicos que se producirían en el derecho público y privado desde el momento en que la relación homosexual dejase de ser considerada como un comportamiento prohibido por el ordenamiento jurídico. Piénsese en todas las cuestiones sobre trato no discriminatorio en la admisión a los empleos y cargos públicos, la probidad funcionaria, la contratación y correcto desempeño laboral y hasta el arrendamiento de vivienda, que origina el simple hecho de considerar la homosexualidad como comportamiento jurídicamente permitido (al menos en su sentido débil de comportamiento no prohibido), para no mencionar las cuestiones duras de la polémica sobre igualdad de género, como el matrimonio y la familia homosexual. Esta es la “*agenda gay*” que trata de frenar la mantención de una norma punitiva de la sodomía. Para un vistazo a esta cuestión en el debate norteamericano sobre la regulación de la homosexualidad a la fecha del caso crucial *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), Joseph Ellin, *The Rights of Homosexuals and the Principles of Liberalism*, en: Arnaud/Hilpinen/Wróblewski, *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht*, Rechtstheorie, Beiheft 8, 1986, págs. 305 y ss. La nueva posición de la Corte Suprema federal norteamericana, declarando inconstitucional la prohibición penal de la homosexualidad consentida entre adultos, se encuentra en *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).

En esta sección desarrollaremos un análisis general de estos delitos, formulando además ciertas prevenciones respecto de su legitimación incuestionada, para pasar después a examinarlos individualizadamente.

4.1. *La autonomía sexual como bien jurídico protegido.*

En términos muy generales, se entiende por autonomía sexual la capacidad de una persona de ejercer su voluntad y desplegar su personalidad en la interacción de significación sexual con otras personas. Tradicionalmente se efectúa una distinción ulterior, para concretar este concepto genérico en dos conceptos más específicos, la libertad sexual y la indemnidad sexual

a. *La libertad sexual.*

Por libertad sexual se entiende el derecho de toda persona adulta o púber a no ser involucrado en una interacción de significación sexual sin su consentimiento. La libertad sexual no es por lo tanto la libertad personal, es decir, libertad de hacer o no hacer, referida específicamente a la sexualidad. La libertad sexual, tal como es protegida por el derecho penal, es la libertad de abstención sexual. Dicho con un ejemplo: quien impide a otro tener un contacto sexual lesiona su libertad personal, pero no su libertad sexual. Sólo el constreñimiento a realizar o a tolerar una acción sexual es un ataque penalmente relevante desde el punto de vista de la protección de la autonomía sexual. Este es un rasgo constitutivo de este bien jurídico que tiene la mayor importancia, sobre el cual se volverá más adelante (*vid. infra*, núm. 5). En todo caso, esta libertad de abstención es una auténtica libertad negativa: el consentimiento a la interacción sexual elimina la relevancia penal de la conducta.

La regulación penal utiliza distintos parámetros para proteger la libertad, correlacionando fundamentalmente dos variables: la edad de la víctima y los medios de ataque. Este esquema diferenciado es común a los delitos contra la libertad ambulatoria (privación de libertad, sustracción de menores e inducción al abandono de hogar) y a la libertad sexual (violación, estupro y abusos sexuales). En la sección siguiente (*infra*, núm. 4-b) se volverá con más detalle sobre esta combinación de variables, a la cual debe agregarse además una tercera, consistente en la significación específica de la acción sexual realizada por el abusador o tolerada por el abusado. En este lugar es importante, sin embargo, plantear la razón de una diferenciación desde el punto de vista de la edad de la víctima.

⁹ Para un vistazo a esta problemática, José Luis Díez Ripollés, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981. En la literatura norteamericana, el mejor examen desde un punto de vista liberal se encuentra en Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 2, *Offense to Others*, Caps. 10-16, Oxford, 1985, y Vol. 4, *Harmless Wrongdoing*, Caps. 28-30, Oxford, 1990. Para una provocativa visión utilitarista de la sexualidad y su supuesta regulación óptima, Richard A. Posner, *Sex and Reason*, Harvard, 1992. Particularmente influyentes en la consideración de la libertad de expresión como impedimento constitucional para la incriminación de la pornografía han sido los artículos de Ronald Dworkin, publicados en forma conjunta los primeros en *A Matter of Principle*, Oxford, 1985, págs. 335 y ss.; y los posteriores en *Freedom's Law*, Harvard, 1996, págs. 163 y ss. La aplicación del punto de vista liberal al delito de exhibicionismo, mediante la técnica de reducción del reformismo, se encuentra en José Luis Díez Ripollés, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Barcelona, 1982.

Tratándose de personas mayores de dieciocho años, el sistema penal sólo dispensa protección penal frente a casos graves de afectación de su libertad. Estos casos corresponden paradigmáticamente al uso de medios coercitivos particularmente graves, denominados en el derecho positivo chileno como “fuerza o intimidación”. La codificación española se caracteriza por equiparar a la coacción grave otros casos de abuso, caracterizados por la ausencia de consentimiento de la víctima, a saber, el aprovechamiento de la incapacidad de resistencia (persona privada de sentido o inválida) y el abuso de la incapacidad de autonomía sexual (enajenación)¹⁰. Tratándose de estas personas mayores de dieciocho años, las demás formas de interacción sexual abusiva, como el prevalimiento de una posición de superioridad no son consideradas por el sistema como abusos sexuales¹¹.

Tratándose en cambio de personas menores de edad pero púberes, la ley dispensa una protección adicional. Esta protección más intensa se concreta en la incriminación de la manipulación de la voluntad del menor mediante engaño u otras formas menos graves de abuso. Una cuestión de la mayor importancia es esclarecer la razón de este tratamiento diferenciado otorgado a los menores púberes. Es un lugar común sostener que la protección de la juventud constituye un fin legítimo del Estado¹². Con ello no se avanza mucho, sin embargo, en el esclarecimiento de esa legitimidad. Pues la cuestión central es determinar de qué es que se debe proteger a la juventud.

La respuesta a esta interrogante pasa por la asunción de tres premisas.

La primera premisa es que la protección de la libertad sexual tiene sentido cuando se posee capacidad natural de autonomía sexual, y que esta capacidad es una habilidad práctica que se desarrolla en el individuo. La segunda premisa es que el paso de una situación de relativa ausencia de capacidad de determinación sexual a la plena posesión de esa capacidad no se produce de un momento a otro, sino en el marco de un proceso de desarrollo personal. Este

¹⁰ Como ya se dijo, esta equiparación del abuso de la incapacidad de resistencia o de autonomía sexual a la coacción grave no es un rasgo del derecho penal ilustrado. Para la Ilustración, los abusos sexuales no coercitivos constituyen una figura diferenciada, el *stuprum nec voluntarium nec violentum*, es decir, la interacción sexual con otro sin su consentimiento, pero sin violencia. La opción por el sistema de la equiparación de estos supuestos al abuso sexual coercitivo o por el sistema de su diferenciación fue una cuestión crucial de la praxis judicial y la política criminal de los siglos XVIII y XIX, como puede verse en Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, §§ 1489-1493. La codificación penal temprana, más apegada a la Ilustración, siguió el principio de la diferenciación. Tal es el caso, principalmente, del Código Penal de Baviera de 1813, que castigó la violación y la sodomía mediante coerción con pena de cuatro a ocho años de privación de libertad (Arts. 186, 187), mientras que impuso pena privativa de libertad de hasta cuatro años al abuso de incapacidad de resistencia para la satisfacción de la lascivia (Art. 190), así como a las acciones sexuales con menores de doce años (Art. 191). El Código Penal español de 1822 sigue en parte este tratamiento diferenciador (Arts. 664, 687), pero equipara e incluso agrava comparativamente el tratamiento del abuso sexual de menores impúberes (Art. 671). En la codificación penal de mediados y fines del siglo XIX se impuso el principio de la equiparación. Parte de la codificación penal de la segunda mitad del siglo XX ha vuelto al principio político-criminal ilustrado de la diferenciación, aunque con una intensidad menos marcada que la codificación temprana. Tal es el caso del Código Penal alemán (§§ 176, 176-a, 177 y 179).

¹¹ De éstas, sólo aquellas que puedan ser consideradas como un uso de amenazas menos graves que las constitutivas de intimidación tienen una clara sede de tratamiento penal en las amenazas condicionales (Arts. 296 N° 1 y 2, 297).

¹² En la doctrina alemana, esta consideración tiene un apoyo constitucional directo. El Art. 5-II de la Ley Fundamental declara expresamente la protección de la juventud (“*Schutz der Jugend*”) como un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información.

proceso corresponde a la pubertad¹³. La tercera premisa consiste en que la madurez sexual no se alcanza (o no necesariamente) con independencia de la experiencia sexual. Por cierto, la medida de la experiencia sexual culturalmente aceptada para las personas púberes es una cuestión de moral social. En este sentido, reforzar una moral sexual prohibitiva de la sexualidad no es un cometido propio de la finalidad de protección de la autonomía sexual. Por esta razón, el Estado tiene que asumir que la capacidad de autonomía sexual se puede legítimamente consolidar mediante la adquisición de experiencia sexual por el menor púber. De aquí que pueda ser cometido legítimo del Estado proteger a la persona que se encuentra en este proceso de adquisición de experiencia sexual, por su especial vulnerabilidad, frente a intervenciones abusivas, aunque éstas sean de menor gravedad que los ataques constitutivos de abuso sexual en el sentido más propio y generalizado del término.

Las tres premisas anteriores conducen por lo general a la doctrina a sostener que la finalidad de protección de las normas que sancionan la interacción sexual con menores púberes es la formación libre de perturbaciones de la plena capacidad de autonomía sexual del menor. Este planteamiento subordina sin embargo la libertad sexual a otro fin de protección, el bienestar sexual, sobre el cual luego se volverá (*infra*, sección 5). Baste con observar aquí que si éste fuera el bien jurídico protegido, los delitos respectivos (estupro, abusos sexuales menos graves, involucramiento sexual abusivo) serían delitos de peligro abstracto. Pues la consumación del tipo no requiere la acreditación siquiera de un peligro concreto para el desarrollo de la sexualidad del menor. Desde la perspectiva de la libertad sexual, el planteamiento correcto consiste en considerar que estos delitos son atentados contra la libertad de abstención sexual referida a una acción sexual específica, cuyo merecimiento de pena aparece recién en conexión con la especial vulnerabilidad del menor, en tanto persona cuya capacidad de autonomía sexual se encuentra en proceso de formación.

De lo anterior se deducen dos consecuencias de la mayor importancia. En primer lugar, que el consentimiento válido del menor púber excluye por completo la relevancia jurídico-penal de la interacción sexual mantenida con él. El derecho penal no sanciona la iniciación sexual de los menores púberes, sino la interacción sexual abusiva con ellos, caracterizada por alguno de los medios o circunstancias comisivas especificados por la ley. En segundo lugar, que no es la mera edad de la víctima, sino su especial condición personal, desde el punto de

¹³ La delimitación precisa de la extensión de este lapso es una cuestión más o menos estipulativa. El Código Civil establecía originariamente como fechas de inicio y término de esta etapa, respectivamente, los doce y veinticinco años de edad para las mujeres y los catorce y veinticinco años de edad para los hombres. La fecha de obtención de la plena capacidad ha variado, y actualmente corresponde a los dieciocho años (Ley 19.221). En la regulación de los delitos sexuales, el Código Penal siempre ha hecho suyas las reglas civiles relativas a la edad de término de la pubertad, pero ha demostrado divergencias en lo relativo a la edad de inicio de la pubertad. Entre 1875 y 1972, tanto las mujeres como los hombres fueron considerados púberes a partir de los doce años de edad (Arts. 361, 363 y 366). Entre 1972 y 1999, los hombres fueron considerados impúberes hasta cumplir los catorce años para efectos del delito de sodomía (Art. 365), pero púberes a partir de los doce años para efectos del delito de abusos deshonestos (Art. 366). La Ley 19.617 restableció el criterio originario del Código, consistente en limitar la condición de impúber hasta los doce años, para hombres y mujeres. Y con razón: a la luz de la liberación de las costumbres sexuales experimentada durante el siglo XX, es inverosímil sostener que hoy las personas comienzan a adquirir experiencia sexual más tarde que hace cien años, por lo que necesitarían protección para su indemnidad sexual por más tiempo. **Observación.** La Ley 19.927 impuso en Chile esta tesis inverosímil; conforme a esta ley, los adolescentes chilenos del Siglo XXI, de entre 12 y 14 años de edad, necesitan ser calificados como sexualmente intocables, a pesar de que sus ascendientes nunca lo necesitaron.

vista de la capacidad de autonomía sexual, lo que fundamenta el merecimiento de pena de la intervención abusiva en su esfera de autonomía sexual. Esto requiere un análisis más detallado.

En el Código Penal de 1875, la condición personal del menor de edad era explícitamente requerida tratándose de los delitos de raptó y estupro, que definían a la víctima como una “doncella” (Arts. 359, 363). Estas disposiciones fueron criticadas por su carácter moralmente discriminatorio. Esa crítica está aquí fuera de lugar. A diferencia de la distinción entre mujer de buena fama y mujer de mala fama que se hacía en el raptó de fuerza (Art. 358 inciso primero), que sí era discriminatoria a la luz del bien jurídico protegido (la libertad sexual), la diferenciación entre la doncella y la mujer sexualmente experimentada tenía una relación directa con el merecimiento de pena del ataque. Si una mujer con experiencia sexual consiente en trasladarse de un lugar a otro con un hombre que evidencia un propósito sexual, no tiene sentido plantear la cuestión de la punibilidad de esa interacción, aunque sea una mujer menor de dieciocho años. Y en ningún caso puede ser político criminalmente relevante sancionar el coito con una mujer sexualmente experta, aunque tenga lugar bajo cualquier forma de engaño. Sólo el engaño acerca de la significación sexual de la interacción puede ser relevante, y éste es impensable frente a una mujer con experiencia sexual. La diferenciación no era pues una discriminación, sino una delimitación del merecimiento de pena, fundada directamente en la identificación del bien jurídico. Si algún error cometía la regulación del Código, era no explicitar este requisito también a propósito del delito de abusos deshonestos correlativo al estupro (Art. 366, primera oración). Una exigencia en este sentido hubiera permitido aclarar su íntima relación con la definición del bien jurídico protegido.

Las consideraciones anteriores fueron hechas valer ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. El Ministerio de Justicia se opuso a la exigencia de inexperiencia sexual en la víctima menor de edad, sosteniendo que la prueba de la inexperiencia transformaría el proceso por el abuso sexual en un proceso acerca del pudor sexual del menor, y que eso importaba transformarlo de víctima de un abuso sexual en transgresor de la moral social sexual. Ante el contraargumento de que un presupuesto del merecimiento de pena no puede ser presumido de derecho, la Comisión optó por una solución de compromiso, estableciendo una regla de exclusión de la punibilidad en los siguientes términos:

“Art. 369-B. En ningún caso se procederá por los delitos previstos en los numerandos 2º y 3º del artículo 363 o en el numerando 2º del artículo 366 en relación con las circunstancias antedichas¹⁴, si el ofendido por la acción fuere una persona casada o que mantuviere convivencia con otra”.

Conforme a esta solución, la investigación acerca de la experiencia sexual del menor se reducía a establecer si mantenía o había mantenido comunidad de comunicación sexual permanente con otra persona. La constatación de esta circunstancia excluía el merecimiento de pena del abuso. La Cámara de Diputados rechazó esta regla, por estimar que constituía una

¹⁴ Las referencias a los Arts. 363 N° 2 y 3, y al Art. 366 N° 2 tienen el mismo sentido que si esa referencia fuese efectuada en el actual contexto, introducido por la Ley 19.617. No se hace referencia al N° 4 del Art. 363, porque ese numerando no existía en el proyecto aprobado por el Senado.

consecuencia de la regulación de la violación en la pareja¹⁵. Cualquiera puede advertir, sin embargo, que una y otra regla son totalmente distintas. La regla sobre la punibilidad de la violación en la pareja se refiere al tratamiento del abuso grave que una persona hace de su pareja. La regla sobre la impunidad del estupro o abuso sexual de un menor impúber que tiene pareja se refiere a la falta de merecimiento de protección especial de quien tiene inequívocamente experiencia sexual, cualquiera que sea el que usa una forma menos grave de abuso.

No obstante ser tan evidente la diferencia antedicha, en la Comisión Mixta no pudo esclarecerse la confusión de los Diputados, y la regla no fue consagrada expresamente por la Ley 19.617. Paradojalmente, a instancias de la misma Comisión Mixta, se dispuso a propósito del engaño como medio comisivo del delito de estupro, que éste sólo fuera punible si se lo usare “abusando de (la) inexperiencia o ignorancia sexual (de la víctima)” (Art. 363 N° 4). Como salta a la vista, con esta decisión se echó por tierra la preocupación del Ministerio de Justicia, en orden a no hacer de la vida sexual del menor el objeto principal de investigación del proceso por estupro mediante engaño.

A la vista de estos antecedentes, se debe reconocer que hay dos posibilidades interpretativas básicas para los delitos de estupro (Art. 363) y de abusos sexuales menos graves (Art. 366 N° 2). En primer lugar, se puede partir de la premisa de que la ley considera por regla general que la mera edad del menor púber hace a la intervención abusiva merecedora de pena. Esto, que concuerda desde luego con la representación del legislador, quedaría demostrado a demás por un argumento *a contrario sensu*, a partir del Art. 363 N° 4. Sin embargo, esta interpretación lleva al absurdo de estimar que es posible el estupro entre cónyuges, y que incluso hay menos restricciones procesales para procesar al cónyuge que abusa de su posición prevalente o de una perturbación mental menos grave del otro cónyuge, que para procesarlo si ejerce fuerza o intimidación, o abusa de la total enajenación mental de su pareja. Este resultado es tan incongruente, que obliga a replantear el requisito de la inexperiencia sexual como presupuesto de la regulación del estupro y los abusos sexuales menos graves. El punto de apoyo para esta segunda tesis interpretativa se encuentra en una extensión del alcance de la regla del Art. 363 N° 4. Todo medio comisivo de estupro es punible si y solo si se lo emplea abusando de la inexperiencia sexual del menor. Esto implica, claro está, provocar de modo irremediable el problema práctico que el Ministerio de Justicia quiso evitar.

b. La indemnidad sexual.

Los menores impúberes forman una categoría de personas a las cuales se dispensa una protección especialísima.

En principio, la interacción sexual con un menor impúber es punible, independientemente del uso de ciertos medios comisivos o la concurrencia de ciertas circunstancias de comisión. Desde este punto de vista, el menor no tiene un “derecho” a la abstención sexual, sino que está legalmente reducido a ella, por lo menos en lo que se refiere a la sexualidad compartida con otras personas. En otras palabras, la ley no protege la expresión exenta de perturbación de la sexualidad de del menor impúber, sino que procura la intangibilidad de su sexualidad. Por eso es que no se puede decir que el Derecho penal proteja la libertad sexual de los menores impúberes, y de ahí que se utilice el término “indemnidad”

¹⁵ Esta otra regla estaba consagrada en el Art. 369-A del proyecto del Senado, y parte de su contenido perduró en la Ley 19.617. Actualmente se encuentra establecida en el inciso tercero del Art. 369.

(“incolumidad”) para designar el objeto de protección correlativo a los delitos de interacción sexual con ellos.

Más allá de cuestiones terminológicas, el problema que plantea la postulación de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido es su conexión sistemática con la libertad sexual y con el principio liberal de justificación del *ius puniendi*. ¿Por qué considerar *a priori* la interacción sexual con un impúber como una conducta merecedora de pena? ¿Cómo conciliar esa consideración con la tesis que sólo los atentados contra la sexualidad de otro –y no las infracciones a normas de moral social sexual- son merecedores de pena? En general, la doctrina se contenta con sostener que tratándose de los delitos sexuales contra menores impúberes la ley presume de derecho la ausencia o ineficacia de su consentimiento. Pero la autonomía sexual no es un bien cuya lesión pueda ser consentida de modo válido o inválido (como la incolumidad personal o la propiedad), sino que es ella misma ausencia de abuso en relación con la interacción sexual. Presumir la incapacidad de la voluntad del menor no es, pues, declarar irrelevante una causa de exclusión del carácter injusto de la afectación de un bien jurídico, sino derechamente presumir la afectación de ese bien jurídico. Eso equivale a desentenderse en forma contraria a la Constitución de la satisfacción de principios de legitimación del *ius puniendi*.

Este es un problema común a los delitos contra la libertad (relación entre el secuestro y la sustracción de menores), que aún está a la espera de una solución dogmática satisfactoria. La tesis que se encuentra en mejor posición de resolver este problema es aquella que sostiene que la protección de la libertad es inseparable del reconocimiento de la posesión, por parte del destinatario de la protección, de condiciones que lo hacen un agente capaz de ejercicio con sentido de esa libertad. Cuando esas condiciones son el producto de un desarrollo personal que va de la mano del aumento de la edad, lo que se protege antes de su posesión al menos parcial es el desarrollo de esas condiciones. Así, tratándose de la autonomía sexual, hasta los doce años se protegería la ausencia de interacción sexual como presupuesto del desarrollo de su capacidad personal.

Hasta dónde esta consideración resulta convincente, o debe ser desenmascarada como una estrategia de la concepción moralizante del derecho penal sexual, eso es una cuestión controvertida. Lo que sí se ha ido imponiendo en la política criminal comparada es la comprensión de la interacción sexual con impúberes merecedora de pena más bien como un maltrato personal que como un abuso de significación sexual. De ahí que se postule distinguir entre casos de interacción sexual con grave maltrato del menor y casos en ese componente, y sólo sancionar el caso grave con penas tan severas como la coacción sexual.

En general, la evolución de la regulación chilena no ha coincidido con este modelo de política criminal. El aumento de la penalidad introducido por el D.L. 2.967 (1979) fijó un criterio que ha resultado inmodificable, a pesar de conducir al absurdo de que la penetración genital de un menor de doce años sin maltrato físico conlleve en Chile una pena superior a la de la castración y la del homicidio simple¹⁶.

Cabe señalar, eso sí, que con ocasión de la Ley 19.617 se introdujo entre nosotros un germen de desarrollo del modelo político-criminal del abuso sexual como maltrato. A propósito del delito de abuso sexual del menor impúber, consagrado ahora en el Art. 366 bis

¹⁶ Como ya se dijo, la Ley 19.617 no fue capaz de dar a estos supuestos un tratamiento punitivo racional, sino que apenas logró morigerar el grado mínimo del marco penal, dejándolo en los cinco años de presidio. Y esa moderación elemental fue la que desató el escándalo periodístico.

del Código Penal, se distingue entre abuso menos grave (sin medios comisivos especificados) y abuso grave (con medios comisivos especificados) de menor impúber. Desde luego, es un error conceptual y sistemático considerar que la agravación de la pena se debe basar en los criterios que fundamentan la constatación de una lesión de la libertad sexual (abusos graves o menos graves) del menor impúber, pues por definición normativa los impúberes carecen de capacidad de autonomía sexual. A pesar de lo anterior es importante que se haya introducido por primera vez la idea de que una regulación adecuada del abuso de menores impúberes exige distinguir los casos menos graves de los graves, y que éstos últimos no se caracterizan por el mayor compromiso de la sexualidad del menor impúber, sino por el mayor grado de maltrato de su persona.

Observación. Esta idea fue erradicada del Código Penal por la Ley 19.927, la cual suprimió la distinción entre abusos con maltrato y abusos sin maltrato, y estableció como pena para cualquier acción sexual realizada con un menor de 14 años la de 3 años y un día a 10 años de presidio. Conforme a esta ley ridícula, tocar a un menor merece la misma pena que amputarle un brazo o una pierna (Art. 396 inciso segundo).

4.2. *El sistema de los delitos contra la autonomía sexual.*

El sistema de los delitos contra la autonomía sexual se estructura sobre la base del juego conjunto de tres variables: (a) edad del ofendido, (b) medios o circunstancias de comisión, (c) acción sexual del autor. En relación con esta última variable se produce también una diferenciación de la condición personal del autor y/o el ofendido.

Desde el punto de vista de la edad de la víctima, como ya se ha dicho, se distingue entre la persona menor de doce años, la persona mayor de doce años y la persona mayor de doce pero menor de dieciocho años. Hay en consecuencia una protección común a toda persona mayor de doce años, ya sea mayor o menor de dieciocho, y una protección especialísima para la persona mayor de doce pero menor de dieciocho años.

Desde el punto de vista de los medios o circunstancias comisivos, se distingue entre las acciones sexuales cuya realización es punible sin necesidad de que concurra medio o circunstancia alguna, las acciones sexuales punibles si concurren medios o circunstancias de comisión constitutivos de abuso grave, y las acciones sexuales punibles bajo la concurrencia de medios o circunstancias constitutivas de abuso menos grave. Las primeras se realizan con personas menores de doce años. Las segundas, con personas mayores de doce años. Las terceras, con personas mayores de doce pero menores de dieciocho años.

Desde el punto de vista de la acción sexual realizada, el Código Penal de 1875 distinguía originalmente entre las acciones de: (a) raptar con miras deshonestas, (b) yacer, (c) hacerse reo de sodomía, y (c) realizar una acción deshonestas. La primera originaba el delito de rapto, la segunda los delitos de violación y estupro, la tercera, el de sodomía, y la cuarta, el de abusos deshonestos.

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.617, las acciones típicas son las siguientes, en orden creciente de especificidad: (a) acción de significación sexual, (b) acción sexual, (c) acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal. La primera es la más genérica, y corresponde al nuevo delito de involucramiento de menores en una interacción sexual (Art. 366 quater). La segunda es una acción de significación sexual que satisface ciertos requisitos adicionales, definidos en el

Art. 366-ter, dando lugar al delito de abusos sexuales (Arts. 366 y 366 bis). La tercera es la más específica, y es propia de los delitos de violación (Arts. 361, 362), estupro (Art. 363), y sodomía (Art. 365).

Observación. La Ley 19.927 introdujo un tipo calificado de abusos sexuales (Art. 365 bis), que especifica la acción sexual atendiendo a la circunstancia de “consisti(r) en la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal, anal o bucal” o si “se utilizaren animales en ello”. Conforme a la nueva regulación, la relación de especificidad tiene la siguiente secuencia: (a) acción de significación sexual, (b) acción sexual, (c1) introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal, o bien (c2) con utilización de animales, o bien (c3) acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal. Las hipótesis (c1), (c2) y (c3) deben entenderse como supuestos alternativos, cada uno de ellos especial en relación con la hipótesis (b).

En cuanto a las condiciones personales del autor o el ofendido, íntimamente relacionadas con la definición de la acción sexual, en el Código originario los delitos de raptó, violación y estupro exigían que el ofendido fuera una mujer, y los dos últimos, además, que el autor de propia mano fuera un hombre. En su interpretación más aceptada, el delito de sodomía exigía que tanto el autor de propia mano como el ofendido fueran hombres.

Después de la Ley 19.617, la definición de la acción sexual constitutiva de violación, estupro y sodomía, esto es, el acceso carnal, sigue exigiendo que el autor de propia mano sea un hombre; tratándose del delito de sodomía, se sigue también exigiendo que el ofendido sea asimismo un hombre. La gran diferencia se encuentra en la definición del ofendido en el nuevo delito de violación: éste puede ahora ser tanto mujer como hombre. Esta novedad se explica porque parte del contenido de injusto de los delitos de sodomía y abusos deshonestos en la regulación originaria del Código pasó a integrar el contenido de injusto de los delitos de violación y estupro después de la Ley 19.617. Finalmente, cabe señalar que en lo que respecta al antiguo delito de abusos deshonestos y actual delito de abusos sexuales, la definición de la acción sexual nunca ha impuesto exigencias relativas a la condición personal del autor ni del ofendido: hombres o mujeres pueden desempeñar uno y otro rol. Lo mismo cabe decir del nuevo delito de involucramiento de menores en una interacción sexual.

De lo expuesto salta a la vista que la reforma introducida por la Ley 19.617 consistió fundamentalmente en traspasar los siguientes contenidos de injusto:

- (a) las hipótesis de sodomía calificada (Art. 365 inciso segundo) fueron traspasadas al nuevo delito de violación (Arts. 361 y 362);
- (b) parte del contenido de la hipótesis de abusos deshonestos graves (Art. 366 segunda oración), el consistente en el acceso carnal por vía oral o anal que no fuera constitutivo de violación o sodomía, fue traspasado al nuevo delito de violación;
- (c) parte del contenido de la hipótesis de sodomía simple (Art. 365 inciso primero), esto es, el cometido con abuso, y parte del contenido de la hipótesis de abusos deshonestos menos graves (Art. 366 primera oración), el consistente en el acceso carnal por vía oral o anal que no fuera constitutivo de violación o sodomía, fueron traspasados al nuevo delito de estupro;
- (d) una posible parte del delito de abusos deshonestos (Art. 366), esto es, el abusar deshonestamente que no satisfacía los requisitos de la nueva definición de acción sexual (Art. 366 ter), resultó despenalizada en el sistema específico de los delitos sexuales, o, si recaía en menores de edad, configurada bajo el nuevo delito de involucramiento de menores en interacción sexual (Art. 366 quater).

En lo que respecta a los medios comisivos, la Ley 16.617 trajo consigo una mejor diferenciación y precisión de los casos de abuso grave no coercitivos (actuales N° 2 y 3 del Art. 361). Pero su gran aporte consistió en transformar el indeterminado concepto de “abusar” (Art. 366) en un catálogo de tres medios comisivos mucho más especificados: (a) abusar de una anomalía o perturbación mental, aún transitoria, que no sea constitutiva de enajenación o trastorno (Art. 363 N° 1), (b) abusar de una relación de dependencia (Art. 363 N° 2) y (c) abusar del grave desamparo (Art. 363 N° 3). A estos supuestos se agrega el engaño del antiguo delito de estupro, ahora precisado como un engaño con abuso de inexperiencia o ignorancia sexual (Art. 363 N° 4).

Finalmente, la Ley 19.617 solucionó la asimetría que existía entre los antiguos delitos de estupro y abusos deshonestos menos graves, en lo que respecta a los medios comisivos. Bajo la regulación originaria del Código, el estupro sólo se cometía mediante engaño, mientras que los abusos deshonestos admitían cualquier clase de abuso. Esto hacía problemática la calificación típica de la acción de yacer mediante abuso no constitutivo de engaño con doncella mayor de doce pero menor de dieciocho años. Actualmente, el estupro y los abusos sexuales menos graves contemplan exactamente los mismos medios comisivos, tal como siempre ha sido el caso tratándose de la violación y los abusos sexuales (abusos deshonestos) graves. Por tal razón, se despejó por completo la dificultad de calificación antedicha: después de la Ley 19.617, el delito de estupro comprende explícitamente todos los casos de acceso carnal cometidos mediante un abuso penalmente relevante en el ámbito de los delitos contra la autonomía sexual.

Como se puede advertir, aunque la Ley 19.617 haya efectuado las operaciones de transferencia de contenidos de injusto y haya logrado una simetría de la que carecía el Código Penal de 1875, en lo esencial el modelo regulativo es exactamente el mismo: seis supuestos de hecho simétricamente ordenados como pares, atendiendo a la edad del ofendido y el medio comisivo, por una parte, y a la acción sexual específicamente realizada, por la otra parte. Este modelo puede graficarse en el siguiente esquema¹⁷:

Observación. En el esquema que sigue han sido incorporadas las modificaciones introducidas por la Ley 19.927 en los delitos de violación, estupro y abusos sexuales (Arts. 361, 362, 363, 366, 366 bis). Se excluye el nuevo delito de remuneración de servicios sexuales de menores (Art. 367 ter), dado que la concepción de la expresión “servicios sexuales” como acción sexual depende de una decisión interpretativa.

¹⁷ Se incluye en este cuadro solamente los delitos de violación, estupro y abuso sexual. Se excluye el delito de raptó, en razón de la derogación de las normas respectivas por la Ley 19.617. Se excluye también el delito de sodomía, porque su consideración como un delito contra la autonomía sexual depende de una decisión interpretativa, tal como más adelante se expondrá. Se excluye, por último, el nuevo delito de involucramiento de menores en una interacción de significación sexual (Art. 366 quater), porque su acción típica se encuentra más allá del umbral de los delitos consistentes en realización de acciones sexuales, y sólo tiene sentido sistemático como una forma de protección adicional de menores impúberes.

El sistema de los delitos contra la autonomía sexual en el Código Penal de 1875 y después de las Leyes 19.617 y 19.927

		Acciones sexuales específicas			Acción sexual genérica	
		Código de 1875 (yacer)	Ley 19.617 (acceder carnalmente por vía vaginal, oral o anal)	Ley 19.927 (introducir objetos por vía vaginal, anal o bucal; usar animales)	Código de 1875 (acción deshonesta)	Ley 19.617 (acción sexual, definida convencionalmente) [Art. 366 ter]
Ofendido mayor de catorce años	coerción grave abuso de incapacidad de resistencia o autonomía	Violación [Art. 361 N° 1 y 2]	Violación [Art. 361]	Abuso sexuales graves calificados [365 bis N° 1]	Abusos deshonestos graves [Art. 366 segunda oración]	Abusos sexuales graves [Art. 366 N° 1]
Ofendido mayor de catorce pero menor de dieciocho años	engaño	Estupro [Art. 363]	Estupro [Art. 363 N° 4]	Abuso sexuales menos graves calificados [Art. 365 bis N° 3]	Abusos deshonestos menos grave [Art. 366 primera oración]	Abusos sexuales menos graves [Art. 366 N° 2]
	Abuso de una perturbación o anomalía mental, abuso de dependencia, abuso de desamparo	?	Estupro [Arts. 363 Nos. 1, 2 y 3]	Abusos sexuales menos graves calificados [Art. 365 bis N° 3]	Abusos deshonestos menos grave [Art. 366 primera oración]	Abusos sexuales menos graves [Art. 366 N° 2]
Ofendido menor de catorce años	Sin necesidad de concurrencia de medios comisivos o circunstancias de comisión	Violación Art. 361 N° 3]	Violación de impúber [Art. 362]	Abusos sexuales de impúber calificados [Art. 365 bis N° 2]	Abusos deshonestos graves [Art. 366 segunda oración]	Abusos sexuales de impúber [Art. 366 bis]

5. *Consideraciones críticas.*

La concepción de los delitos sexuales como atentados a la autonomía sexual cumple dos funciones de política criminal.

La primera función ya ha sido enunciada. Esta concepción es una teoría legitimatoria contrapuesta a la idea de los delitos sexuales como infracciones de la moral social relativa al comportamiento sexual. En esta función, la concepción de estos delitos como atentados contra la autonomía sexual es claramente preferible desde una perspectiva liberal. Ella pone de manifiesto que allí donde los partícipes consienten libremente la interacción sexual, el Estado no tiene fundamento legítimo para intervenir.

Pero además de esa función crítica de la regulación penal, la idea de la autonomía sexual como bien jurídico protegido cumple una función legitimatoria de la incriminación de

estos delitos. En esta función, la concepción de la autonomía sexual no se encuentra libre de reparos desde un punto de vista liberal. Ello es así, porque la pura referencia a este bien jurídico no es suficiente para justificar político-criminalmente los dos rasgos que distinguen esta categoría de delitos respecto de los delitos contra la libertad personal.

En primer lugar, los delitos contra la autonomía sexual se caracterizan por una considerable intensificación de la *penalidad* y de la *punibilidad* en relación con los parámetros de merecimiento de pena de los delitos contra la libertad personal. La intensificación de la *penalidad* consiste en que los casos de abusos que constituyen atentados a la libertad en términos generales reciben una pena mucho más severa cuando el abuso tiene una significación sexual. El ejemplo paradigmático se encuentra en el delito de violación cometido mediante fuerza o intimidación, cuyo marco penal triplica el máximo de la pena privativa de libertad más severa asignable al delito genérico de coacción¹⁸. La intensificación de la *punibilidad* consiste en que formas de interacción que resultan impunes bajo los parámetros de merecimiento de pena de los delitos contra la libertad personal pasan sin embargo a ser punibles como delitos contra la libertad sexual. Es decir, el hecho de que el objeto del comportamiento al que es constreñido el ofendido sea de significación sexual origina la incriminación de una mayor variedad de formas de interacción.

En segundo lugar, la intensificación tiene lugar de modo *asimétrico* desde el punto de vista de la libertad como bien jurídico protegido. Porque, como se ha visto, la libertad sexual no es la libertad con su estructura birideccional -libertad de participar o no en una interacción de significación sexual-, sino sólo la libertad de no participar, el interés en la abstención sexual.

Los dos datos anteriores exigen una fundamentación político-criminal específica. ¿Por qué es político-criminalmente más importante proteger el interés en no participar en una interacción de significación sexual que el interés de tomar parte en ella? ¿Por qué es *a priori* tanto más relevante ser constreñido a tolerar (u omitir) una interacción sexual que ser constreñido a tolerar (u omitir) cualquier otro tipo de interacción?

No es algo evidente si hay o no una respuesta concluyente para las dos interrogantes anteriores. Lo que sí es claro, es que esa respuesta no se encuentra en una remisión a la libertad de la voluntad. Basta un simple ejercicio retórico para advertir cuan superficial es el poder explicativo de la teoría de la autonomía sexual.

Desde el puro punto de vista de lo injusto de la coacción, la violación es algo en verdad nimio, ya que consiste en el constreñimiento a tolerar la invasión de una cavidad corporal por una protuberancia corporal, por algún tiempo. Desde el puro punto de vista de lo injusto de la coacción, la introducción del órgano sexual masculino en la vagina, ano o boca de otra persona es un acontecimiento sustantivamente indiferenciable de la introducción de un dedo en el orificio nasal o en el pabellón auricular de otra persona.

Pero como resulta obvio, nos resistimos a esta explicación, porque nos parece que no es capaz de comprender el hecho de la violación. La explicación anterior se parece demasiado a la descripción naturalística que hacía Franz von Liszt de la injuria, como la emisión de ondas sonoras que viajan por el espacio, chocan con el órgano auditivo de un receptor y producen una reacción en su sistema nervioso. Tal como la injuria, la comprensión de la entidad de la violación, el estupro y los abusos sexuales es una cuestión de sentido, que presupone obviamente elementos estructurales físicos, pero que es irreductible a ellos. Los abusos sexuales no son

¹⁸ Lo dicho es aplicable por igual tanto a la regulación del Código Penal de 1875 como a la surgida con la Ley 19.617. **Observación:** con mayor razón aun es aplicable a la regulación establecida por la Ley 19.927.

hechos brutos, previos a nuestras representaciones culturales de esos hechos, sino que son esa representación que nos hacemos de ellos.

Esta insuficiencia de la libertad personal como clave explicativa de la regulación penal del comportamiento sexual es compartida por todos los demás presupuestos concretos del libre desarrollo de la personalidad que se quiera invocar. Tal es el caso, por ejemplo, de la intimidad sexual, que es la versión liberal -no moralizante- de la noción clásica de pudor. La idea de la intimidad es mucho más explicativa que la de la libertad, porque la intimidad responde al mismo principio central de la regulación de los delitos sexuales, cual es entender la sexualidad como una forma de comunicación sobre la que poseemos un derecho de exclusión, siendo este derecho de exclusión el objeto específico de protección. Pero la sola idea de la intimidad es impotente para explicar el dato crucial del sistema: ¿por qué el interés en el control de la exclusión de la comunicación sexual es exponencialmente más relevante que el interés en el control, por ejemplo, de la exclusividad de las comunicaciones telefónicas?

Lo mismo debe decirse de la identificación de una dimensión de libertad positiva (en el sentido de Isaiah Berlin) en el bien jurídico de la libertad, es decir, la capacidad de dominio sobre la propia sexualidad¹⁹. Independientemente de que la idea del daño a la sexualidad se encuentre necesitada de ulterior elucidación para ser operativa como criterio de identificación de un bien jurídico, lo cierto es que su postulación a lo más podría justificar la mayor intensificación de la penalidad y la punibilidad de los atentados sexuales frente a los delitos contra la libertad, pero en ningún caso permite explicar la asimetría existente entre la protección de la libertad de abstención sexual (que Cox denomina “libertad pasiva”) de la libertad de realización sexual (que él denomina “libertad activa”). La irrelevancia de los atentados a la libertad de realización sexual dentro de los delitos contra la autonomía sexual afecta a la consideración de la libertad positiva tanto como a la consideración de la libertad negativa –libertad sexual- como bien jurídico protegido²⁰.

Algo semejante cabe decir de la idea del bienestar sexual o salud sexual física y psíquica. La consideración del abuso sexual como un delito de daño a la sexualidad, entendida esta no como autonomía en relación con una interacción momentánea, sino como capacidad permanente de sexualidad, tiene una plausibilidad de sentido común, proveniente de la

¹⁹ Esta tesis ha sido defendida entre nosotros por Juan Pablo Cox Leixelard, *Los Abusos Sexuales. Aproximación Dogmática*. Santiago: Lexis Nexis, 2003, p. 48 ss., 291 ss. La idea de libertad positiva de Cox guarda cierta similitud con la idea del bienestar sexual, que se analizará a continuación. Se diferencia, eso sí, en su intento de vincular esa afectación a la sexualidad de la víctima que produciría el abuso sexual con la concepción de la libertad como bien jurídico protegido. El hecho, sin embargo, de que Cox por una parte intente identificar una dimensión distinta de la libertad negativa y por otra parte comparta el escepticismo respecto de la consideración del trauma psíquico como la clave para comprender esa dimensión (p. 60, nota 161) hace que sea difícil precisar el contenido específico de esa “dimensión sexual del individuo” que sería dañada junto con su libertad negativa.

²⁰ No altera lo anterior que –siguiendo la tesis de Cox- se pueda justificar el castigo del atentado a la libertad de abstención sexual como causación de un daño que repercute a futuro en la libertad de realización sexual de la víctima (*op. cit.*, p. 94-95). Lo central es que el atentado directo a la libertad de realización sexual –la coacción a omitir una acción de significación sexual- es impune como delito sexual. Eso demuestra que la apelación a la libertad sexual –negativa o positiva- es insuficiente para una reconstrucción racional del sistema de los delitos contra la autonomía sexual.

divulgación de la psicología en la cultura moderna. El trauma sexual sería el daño que la ley busca prevenir²¹.

Desde varios puntos de vista, la consideración del bienestar sexual puede ser importante para una política criminal liberal. Desde luego, permite justificar un límite preciso al merecimiento de pena de los delitos sexuales. Puesto que desde el punto de vista de la capacidad de sexualidad la afectación terapéuticamente recuperable de sus presupuestos psíquicos no puede ser comparable a la afectación irrecuperable de sus presupuestos físicos, los delitos sexuales nunca deberían tener una pena superior ni igual a la del delito de castración o lesiones graves gravísimas. Del mismo modo, la presencia o ausencia de un efecto traumático puede ser una variable importante a considerar a la hora de determinar si una acción de significación sexual tuvo o no “relevancia”, en el sentido de la ley (Art. 366 ter).

Por otra parte, la consideración del bienestar sexual sirve de criterio orientador al proceso penal, estableciendo como deber de los órganos estatales la evitación de la intensificación del trauma en la víctima (victimización secundaria). Esto exige que las actuaciones del proceso penal que involucren a la víctima sean realizadas de modo que puedan producir un efecto terapéutico en la víctima. La función más importante de esta orientación terapéutica, particularmente relevante en proceso por abusos sexuales de menores de edad, es la justificación de la prescindencia del proceso (y de la pena), si hay un pronóstico de inevitabilidad de un grave efecto traumático por el involucramiento de la víctima, cuando ese involucramiento forma parte esencial del derecho de la defensa²².

Pese a estas importantes funciones, la apelación al bienestar sexual como fundamentación de una categoría de la Parte Especial es una pseudo-explicación, que suscita más interrogantes de las que soluciona. ¿Cómo puede sostenerse que éste sea el bien jurídico protegido, cuando la consumación de los delitos de abuso sexual no requieren la constatación de un estado de cosas que pueda corresponder a la lesión del bien jurídico o a su concreta puesta en peligro? ¿Cuál es la razón para que esta forma de maltrato sea un crimen, en una Parte Especial en la que es dudoso si el maltrato de obra es un simple delito o una falta? ¿Por qué se sanciona la afectación del bienestar sexual que es consecuencia de una interacción sexual y no el que es consecuencia de la represión de la sexualidad? ¿Por ejemplo, por qué es impune una educación ferozmente represiva, aunque ocasione neurosis, frigidez o impotencia? Además, ¿qué daño al bienestar sexual puede causar una acción sexual no percibida? ¿Se puede sostener que la interacción sexual consentida por un menor de diez u once años sea *a priori* un daño a su bienestar sexual? Y finalmente, ¿en qué consiste ese daño? ¿Cómo puede una acción sexual producir ese daño? Es signo de ideología pseudo-científica no entender que la alteración

²¹ Esta tesis ha sido defendida entre nosotros por Luis Rodríguez Collao, quien sostiene que la finalidad de protección de las normas sobre delitos sexuales es asegurar al individuo la ausencia del detrimento físico, psíquico o emocional que puede resultar de un contexto sexual (*op. cit.*, pág. 124). Desafortunadamente, el autor ha dado la denominación de “indemnidad sexual” a este interés. Esta denominación es desafortunada, porque se trata de un término que ya tiene un sentido establecido en la literatura penal que difiere del asignado por el autor (indemnidad como intangibilidad). Por otra parte, el uso del término induce a pensar que se trata de la denominación de un bien jurídico, cuando rigor es la descripción del estado de ausencia de lesión (o peligro). El bien jurídico es el bienestar o salud sexual; su “indemnidad” no es más que su no-afectación.

²² La evitación del trauma fue -alegadamente- la justificación de varias reformas procesales introducidas por la Ley 19.617, que en lo esencial consistieron autorizar la prescindencia de la víctima en el proceso penal. Pero la mera prescindencia puede ser terapéuticamente contraindicada, y en todo caso fue adoptada en perjuicio del derecho a la defensa del inculpado. Esto constituye una inversión del principio de protección de la víctima y una perversión del debido proceso.

del bienestar psíquico originada por la experiencia de ser objeto de abuso sexual es inexplicable sin acudir a la significación social de esa experiencia. El sufrimiento de la víctima es también una cuestión de sentido.

La existencia de los delitos sexuales se debe a una dimensión social de sentido, un componente de determinación cultural, que es imprescindible tomar en consideración, si se pretende dar cuenta verosímilmente de su posición en el sistema de la Parte Especial. Pretender que con la retórica de la autonomía sexual (o la intimidad o la salud) estas interrogantes se encuentran satisfechas es cándido, y contribuye además a encubrir lo que sin duda puede constituir un remanente moralizante del derecho penal.

No es pues extraño que la codificación hiciera mención a la moral social sexual a la hora de clasificar sistemáticamente estos delitos. Este es el sentido con que debe entenderse la expresión “moralidad pública” del Código Penal chileno, proveniente de la codificación belga. Este es también el sentido que tenía el epígrafe del título respectivo en la codificación penal española, referido a los “delitos contra la honestidad” (C.P. de 1848, Libro II, Título X; C.P. de 1870, Libro II, Título IX). La doctrina española del siglo XX llegó a criticar la expresión “honestidad” por no ser significativa de ningún aspecto específicamente relevante, ya que la entendió en su sentido de franqueza o sinceridad. Pero esto era un error. Tal como lo entendiera en su tiempo la doctrina española del siglo XIX, el término en cuestión era usado por el Código en su sentido etimológico más preciso, como infracción de una regla de decoro, decencia o pudor, referida al comportamiento sexual²³. Este es el componente normativo irreductible de estos delitos.

La constatación de la irreductibilidad de este elemento cultural ha conducido a Harro Otto a tratar sistemáticamente los delitos contra la autonomía sexual como delitos contra bienes jurídicos de la colectividad. En su opinión, el cambio de denominación de esta categoría de delitos que fue introducido por la reforma liberal de Alemania²⁴, si bien expresa que no es una determina moral social sexual lo que se protege, no altera sin embargo la corrección de tratarlos como delitos contra un bien jurídico supraindividual. Pues no por ello deja de ser el objeto de protección *la autonomía sexual solamente en el marco de un determinado orden sexual*, el cual está basado en el matrimonio y la familia, y a través de ello en el respeto a la dignidad humana del otro también en el ámbito sexual, y finalmente en la protección de la vida sexual respecto de su total mercantilización²⁵.

²³ Así, Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal Concordado y Comentado*, 3ª ed., Madrid 1867, Tomo III, pág. 103. Entre nosotros, José Luis Guzmán Dalbora ha reivindicado el uso de esta designación, poniendo énfasis en la dimensión normativo-cultural de los delitos de significación sexual (*Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*, en: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, Año 2000, págs. 127 y ss.). La definición de honestidad que formula este autor sin embargo errónea e inútil desde una perspectiva dogmática. Guzmán la define como “facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes” (*op. cit.*, pág. 138). Si con este concepto se hace referencia a una facultad de actuar de la víctima, el concepto no va más allá de la libertad (facultad), y es por lo demás falso: el objeto de protección en los delitos contra la autonomía sexual es la facultad de abstenerse de interactuar sexualmente, no la de manifestar el impulso sexual. Si con este concepto se hace, por el contrario, referencia a los límites valorativos que restringen la facultad del autor del delito de manifestar su impulso sexual, entonces se afirma pura y simplemente que la finalidad de la norma punitiva es la mantención de la vigencia de la moral social sexual.

²⁴ El epígrafe del Párrafo 13 del Libro Segundo del Código Penal alemán de 1871 rezaba “Delitos contra la moral social”. La 4ª Ley de Reforma del Derecho Penal, de 28 de Noviembre de 1973, sustituyó esa denominación por la de “Delitos contra la autonomía sexual”.

²⁵ Harro Otto, *Grundkurs-Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, 4ª ed., 1995, pág 330.

La tesis de Otto va demasiado lejos. Es cierto que la autonomía sexual implica un componente cultural, irreductible a la pura libertad personal. De eso no se deduce sin embargo que ese componente cultural sea portador de la misma legitimidad como objeto de protección que la libertad personal. Precisamente porque el reforzamiento penal de normas de moral social sexual es sospechoso de ilegitimidad, debe ser detectado y explicitado el componente cultural de los delitos sexuales. La razón de ponerlo de manifiesto es para someterlo a crítica de política criminal y al control de una reconstrucción dogmática que lo subordine a la finalidad de protección del libre desarrollo de la personalidad. La ordenación sistemática de estos delitos como delitos contra un interés individual es la mejor expresión de esa premisa como punto de partida del análisis dogmático.

IV. *El delito de abusos sexuales simples (de persona mayor de catorce años).*

CÓDIGO PENAL 1875

LEYES 19.617/19.927

“Art. 366. El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años pero menor de dieciocho, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 361, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de dieciocho años la persona de quien se abusa.”⁸⁴

“Art. 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor e su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere menor de edad.”⁸⁵

(...)

Art. 366 ter. Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aún cuando no hubiere contacto corporal con ella.”

1. *El núcleo común de injusto.*

El Art. 366 del Código Penal de 1875 era una de las disposiciones que más dificultades interpretativas planteaba a los tribunales de justicia. Esas dificultades eran en parte estructurales y en parte conceptuales.

Las dificultades estructurales provenían del hecho que la Comisión Redactora fusionó en este artículo dos disposiciones originariamente pensadas como tipos de delitos distintos: los abusos deshonestos cometidos con los mismos medios o en las mismas circunstancias que la

⁸⁴ En el texto de la edición oficial aprobada por Decreto N° 103, de 31 de Enero de 1997, del Ministerio de Justicia, en la última frase del Art. 366 aparece la expresión “veinte” en vez de la expresión “dieciocho”. Esa discordancia entre la edad establecida por la primera y la última frases del precepto fue el producto de una decisión errónea de la comisión editora del Código Penal para la Editorial Jurídica. La Ley 19.221, de 1° de Junio de 1993 (*vid. supra*, nota 11), ordenaba sustituir la palabra “veinte” por la palabra “dieciocho” en el Art. 366 y no solamente en su primera oración. Etcheberry atribuye el error a la Ley 19.221 (*op. cit.*, pág. 70); Garrido, en cambio, detecta correctamente su origen (*op. cit.*, pág. 314, nota 612).

⁸⁵ La ley 19. 617 estableció el siguiente precepto: “Art. 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado: /1° Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361. /2° Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere menor de edad.

violación, y los abusos deshonestos cometidos con los mismos medios que el estupro, destinados a servir de tipos residuales, respectivamente, de los delitos de violación y estupro. La primera disposición pertenecía al párrafo de la violación (§ 5 del Título VII), la segunda, al párrafo de los actos deshonestos (§ 6 del Título VII). La Comisión Redactora del Código Penal decidió trasladar el primer precepto al párrafo siguiente, para regularlo conjuntamente con el otro, creando así un solo delito de abusos deshonestos⁸⁶.

Las dificultades conceptuales provenían de la incapacidad o falta de disposición del codificador español para precisar la acción típica, tanto en lo que respecta a la acción sexual como a los medios o circunstancias constitutivos de abuso.

La Ley 19.617 enfrentó ambas dificultades y les dio una respuesta definida, resolviendo la mayor parte de sus consecuencias problemáticas en el contexto del Código Penal de 1875. De aquí que la regulación del delito de abusos sexuales resultase ser la parte más elaborada de la reforma⁸⁷, como se puede apreciar con la simple lectura comparativa de los preceptos respectivos.

Para efectos del análisis de este delito se ha distinguido entre su núcleo común de injusto y sus dos modalidades alternativas, los abusos deshonestos graves y los abusos deshonestos menos graves. En lo que respecta al núcleo común de injusto, se examina primero la estructura típica del delito, para pasar luego al examen de la acción típica.

1.1. *La estructura típica.*

El Art. 366 del Código Penal de 1875 parecía configurar primero el tipo básico de abusos deshonestos (primera oración) y luego establecer ciertas hipótesis agravadas (oración segunda).

Ya la sola lectura de la parte final de la aparente agravación dejaba de manifiesto la imposibilidad de entender de ese modo las relaciones entre la primera y la segunda parte del precepto. Si la “agravante” consistente en la concurrencia de las circunstancias del delito de violación debía aplicarse “aún cuando” no se realizara el tipo básico, por incongruencia en la calidad personal del ofendido, no podía sostenerse que se tratase de una auténtica agravante. Además, ¿cuál sería el tipo básico, tratándose no ya de un adulto, sino de un menor impúber?

Y este no era un problema estético. Bajo la vigencia del Código Penal de 1875, en reiteradas oportunidades se planteó judicialmente la impunidad de abusos deshonestos de personas menores de doce años. La Corte Suprema invariablemente rechazó esos planteamientos, sosteniendo que el Art. 366 no restringía el ámbito de la punibilidad de los abusos deshonestos al abuso de personas mayores de doce años de edad⁸⁸. Pero afirmar que la

⁸⁶ Sesión 71, en 10 de abril de 1872, en: en: *Código Penal...cit.*, pág. 385. De aquí que el Art. 362, relativo a la penalidad de *íter criminis*, se refiriera a “los delitos de que trata este párrafo”: la mención plural abarcaba la violación y los abusos deshonestos correlativos.

⁸⁷ Para efectos sistemáticos, debe estimarse también que la regulación de los medios comisivos del estupro (en especial los numerandos 1, 2 y 3 del Art. 363) es una reformulación más elaborada del delito de abusos deshonestos. Como ya se dijo (supra, núm. IV-1.2), los medios comisivos del estupro son los casos político-criminalmente relevantes de la acción de “abusar” del Art. 366.

⁸⁸ Así, *contra Hernán Estay Soto*, sentencia de 28 de Agosto de 1944, Revista de Ciencias Penales, Tomo VII (1944), págs. 346 y ss.; más recientemente, *contra Clemente Vidal Conejeros*, sentencia de 25 de Octubre de 1979, Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII (1982/1984), págs. 151 y ss., junto a otras sentencias del período, con comentario de Antonio Bascuñán Rodríguez.

punibilidad del abuso del menor impúber exigía reformular el contenido normativo del Art. 366, o infringir abiertamente el principio de legalidad. Pues si algo era claro, es que el tipo de la primera oración no protegía al menor impúber, y la cláusula final del artículo, tampoco.

Por otra parte, era evidente que la reformulación del contenido normativo del Art. 366 no podía limitarse al objeto personal de la acción. Un examen profundo debía llegar a la misma conclusión en lo que concernía a la función normativa de la concurrencia de las circunstancias propias de la violación. ¿Si el uso de fuerza era una agravante, en qué consistía entonces el abuso constitutivo del tipo? ¿Y si éste consistía precisamente en el uso de fuerza, como podía servir esta circunstancia para, además, agravar la pena?

La solución a todas estas interrogantes se encontraba, naturalmente, en la comprensión del Art. 366 como un complejo de normas, en el cual aparecían consagrados dos delitos tan distintos entre sí como el estupro y la violación. La primera oración tipificaba los abusos deshonestos menos graves, que era una figura residual frente al estupro. La segunda oración tipificaba los abusos deshonestos graves, que era una figura residual respecto de la violación (y, posteriormente, de la sodomía calificada). En suma, uno y otro supuesto de abusos deshonestos reconocían un común denominador en la acción de “abusar deshonestamente de persona de uno u otro sexo”, pero diferían en todo lo demás, de modo tal que resultaban mutuamente excluyentes, tal como lo eran entre sí la violación y el estupro⁸⁹.

La Ley 19.617 recogió íntegramente los postulados de la concepción doctrinaria antedicha, distinguiendo con total claridad entre un núcleo común de injusto (Art. 366, encabezamiento) y dos supuestos diferenciados según el medio comisivo empleado o la circunstancia de comisión concurrente. Así, los abusos deshonestos graves, caracterizados por el empleo de los medios o concurrencia de las circunstancias propias del delito de violación (Art. 361), se encontraban en el nuevo Art. 366 N° 1, que correspondía a la segunda oración del antiguo Art. 366. Por su parte, los abusos deshonestos menos graves, caracterizados por el empleo de los medios o concurrencia de las circunstancias propias del delito de estupro (Art. 363), se encontraban en el nuevo Art. 366 N° 2, que correspondía a la primera oración del antiguo Art. 366.

Esta clarificación de un delito de gran importancia práctica, que constituye una de las contribuciones más constructivas de la Ley 19.617, fue obra del Senado.

Observación. La Ley 19.927 mantuvo la estructura de injusto de los abusos sexuales definida por la Ley 19.617, aunque la privó de consecuencias punitivas. Ya sea que al abuso sea grave (medios comisivos de la violación) o menos grave (medios comisivos del estupro), la pena es la misma. Esta es una pena excesiva. No debe perderse de vista que los casos de acciones sexuales más significativas – introducción de objetos, uso de animales- son subsumibles bajo el nuevo Art. 365 bis, con una pena aun más severa.

⁸⁹ En general, puede decirse que la doctrina chilena adhirió a la idea regulativa recién expresada, postulando la existencia de dos tipos de delito para los abusos deshonestos. Con todo, la doctrina no fue capaz de deducir cabalmente las consecuencias que de este planteamiento se deducían para la determinación de la pena del delito de abusos deshonestos graves. La clarificación de la estructura del Art. 366 se debe a Bascuñán, *op. cit.*, págs. 93-98; su consagración en la doctrina nacional, a la 1ª ed. de la obra de Alfredo Etcheberry (*op. cit.*, Santiago, 1965, págs. 67-69). Al respecto, véase también el comentario a sentencias citado en la nota anterior.

1.2. *El tipo objetivo: la acción típica.*

El Código Penal de 1875 describía en núcleo de injusto de este delito como la acción de abusar deshonestamente de persona de uno y otro sexo.

El uso por el legislador de una expresión con connotaciones normativas o valorativas – “deshonestamente”- indujo en un primer momento a la doctrina a considerar al delito de abusos deshonestos como una infracción a la moral sexual social. Esta concepción se encuentra ya en Raimundo del Río, quien estimaba que este delito comprendía “toda expresión abusiva del instinto sexual”, o más explícitamente, “todo mal uso o uso indebido de la actividad sexual”⁹⁰. La concepción de Del Río fue desarrollada por Eduardo Novoa Monreal⁹¹.

La concepción moralizante de los abusos deshonestos fue sin embargo refutada concluyentemente por la doctrina más moderna, mediante dos argumentos. El primero era exegético. El tenor literal del antiguo Art. 366 exigía que se abuse de una persona, y no de la función sexual. La perversión sexual sólo tiene cabida en el delito de abuso deshonesto en la medida que sea realizada con otra persona, abusándose de ella, es decir, sin su consentimiento. El segundo era teleológico. El carácter de abuso de otro demuestra que el delito de abusos deshonestos no es un delito contra el orden moral (o natural) del comportamiento sexual, sino un delito contra la autonomía sexual. Es un atentado contra el interés que tiene otro en la abstención de comunicación sexual, o contra la incolumidad sexual de una persona sin capacidad de autonomía sexual. Conforme a esta concepción, la expresión “deshonestamente” no tenía el sentido de referirse a una infracción a la moral social sexual, sino que hacía referencia a la significación sexual del abuso. Siendo la “honestidad” el pudor sexual, la deshonestidad del abuso consistía en su carácter de impudicia sexual, desde el punto de vista de ofendido por el abuso⁹².

En general, se puede afirmar que la jurisprudencia más moderna declaraba adherir a la concepción de los abusos deshonestos como delito contra la autonomía sexual, pero que no vacilaba en recurrir a la concepción moralizante cada vez que necesitaba justificar su consideración de un comportamiento como punible bajo el Art. 366. Esta curiosa mezcla de liberalismo y moralismo se producía en virtud de la radical indefinición del contenido de injusto de este delito, que provenía del hecho de invertir las relaciones usuales entre acción y medio (o circunstancia) en el ámbito de los delitos contra la autonomía sexual, creando con ello una gran incertidumbre en el intérprete. En vez de describir la acción sexual con el verbo, y los medios (o circunstancias) con una frase adverbial, el Art. 366 hacía mención al medio (o circunstancia) como la acción típica, la de “abusar”, y a la acción de significación sexual como la propiedad adverbial de esa acción, el que se abusara “deshonestamente”.

Esta inversión de la estructura típica estándar de los delitos de violación y estupro privaba al intérprete de un punto de apoyo seguro para la tarea de resolver qué acciones eran

⁹⁰ Del Río, *op. cit.*, pág. 319. Como el fino jurista que era, Del Río hacía diferenciaciones. Sólo las perversiones sexuales que suponían el contacto corporal con otro ser humano vivo (sadismo, masoquismo) eran subsumibles en el tipo; las perversiones solitarias (fetichismo, necrofilia) o sin contacto corporal (exhibicionismo), por el contrario, eran atípicas en relación con el Art. 366.

⁹¹ Novoa M., Eduardo. *El concepto de abusos deshonestos*. Revista de Ciencias Penales, Tomo VIII (1946), págs. 291 y ss.

⁹² Bascañán, *op. cit.*, págs. 53-58; Etcheberry, *op. cit.* (3ª ed.), págs. 68-71; Labatut, *op. cit.* (7ª ed.), págs. 142-145; Garrido, *op. cit.*, págs. 313-317.

típicamente relevantes conforme al Art. 366. ¿Lo era cualquier acción de significación sexual, como el exhibicionismo o el proferimiento de expresiones eróticas o sexualmente procaces? ¿O lo eran sólo acciones que satisfacían determinados requisitos relativos a su incidencia en la persona de la víctima? Además ¿qué formas de interacción constituían abuso y cuáles no?

Un caso jurisprudencial que tuvo que resolver recientemente la Corte de Apelaciones de Punta Arenas es especialmente ilustrativo sobre este problema⁹³. Los hechos acreditados en el proceso permitían sostener que A, un hombre mayor de edad se había masturbado a espaldas de B, una menor de escasa edad, habiéndole previamente bajado los calzones o habiéndola determinado a bajárselos, eyaculando y alcanzando el semen el cuerpo de a menor o al menos sus calzones. La defensa solicitó tener por acreditado el delito, esgrimiendo que en ningún momento hubo contacto físico entre su defendido y la víctima. La Corte de Punta Arenas se hizo cargo de este argumento, y lo rechazó sosteniendo que...

“...se estima que el delito de abuso deshonesto es todo atentado a la libertad sexual que no signifique violación u otro delito específico, consistente en la *exteriorización impúdica de un propósito libidinoso*, constituyendo el abuso una aprovechamiento injusto en contra de una persona o cosa, o, en palabras, el mal uso, el *uso indebido o impropio de los órganos sexuales e incluso, la utilización de ellos en forma desviada o torcida*.”⁹⁴.

Naturalmente, una vez aseverado lo anterior, la conclusión es obvia. El acusado fue condenado como autor del delito de abusos deshonestos –es decir, de un atentado a la libertad sexual- porque su comportamiento fue calificado como...

“...un acto obsceno, lujurioso, ejecutado con abuso, atendida la escasa edad de la víctima –apenas cinco años de edad- y en desmedro de su honor e integridad moral;”⁹⁵.

Aquí se ve, pues, con incomparable claridad cómo la concepción moralizante del derecho común pervive en los conceptos y categorías manejados por la jurisprudencia, aunque sea bajo un velo de pretendido cientificismo (el aportado por Del Río). Y, lo que es más notable, cómo la jurisprudencia considera con toda naturalidad que el mero “uso indebido o torcido” del sexo es un atentado a la libertad sexual.

A todas las dificultades anteriores, la doctrina agregaba otra, consistente en definir la acción de “abusar deshonestamente” exigiendo como requisito negativo que no se tratara de la acción de yacer⁹⁶. Este es un error muy frecuente de la doctrina y la jurisprudencia. El error consiste en conceptualizar como elemento negativo del tipo de un delito residual lo que no es más que un criterio de solución de concurso aparente de delitos, cuya pertinencia es incompatible con esa definición negativa del ámbito típico.

⁹³ *Contra Carlos Ruiz Ojeda*, sentencia de 9 de julio de 1993, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XC (1993), 2ª Parte - Sección 4ª, pág. 162.

⁹⁴ *Op. cit.*, considerando 7º (pág. 164).

⁹⁵ *Op. cit., loc. cit.*, cons. 8º.

⁹⁶ Esta tesis era absolutamente dominante: Bascuñán, *op. cit.*, pág. 61; Labatut, *op. cit.*, pág. 143; Etcheberry, *op. cit.*, pág. 69; Garrido, *op. cit.*, pág. 314.

Hasta el legislador incurre en ese error cuando, por ejemplo, tipifica las hipótesis residuales señalando que las acciones son típicas cuando son cometidas “en cualquier otro caso” (Art. 391 N° 2), o cuando se trata de acciones “no comprendidas en los artículos precedentes” (Art. 399). En rigor, los casos especiales por definición están también comprendidos en los casos genéricos, y los preferentes en los residuales. Lo que sucede es que el legislador expresa que a pesar de esa doble posibilidad de calificación típica sólo puede hacerse valer aquella conforme a la norma especial o preferente.

Del mismo modo, si la doctrina persiste en la práctica conceptualmente inconveniente de incluir los criterios de solución de conflictos de leyes en las definiciones dogmáticas de los delitos genéricos o subsidiarios, debe hacerlo correctamente. La expresión del criterio de solución del concurso aparente exige referirse no tan solo a un elemento del tipo, sino al tipo en su totalidad. Luego, la correcta expresión del requisito negativo en el delito de abusos deshonestos era que el comportamiento no fuera constitutivo por sí mismo de un delito especial (violación, estupro)⁹⁷. Esta cuestión tenía la mayor importancia para el tratamiento del yacer mediante abuso no constitutivo de engaño y del tratamiento de las relaciones concursales entre la tentativa de violación y el delito de abusos deshonestos, como luego se demostrará.

La Ley 19.617 intentó dar una respuesta legislativa adecuada y precisa a todos estos problemas, que en su mayor parte recibieron una solución satisfactoria⁹⁸.

En primer lugar, la Ley 19.617 describe el delito usando una fórmula gramaticalmente correcta, que no tiene connotaciones moralizantes, como es la expresión “realizar abusivamente cualquier acción sexual distinta del acceso carnal”. Con esta fórmula se deja de manifiesto que el núcleo del tipo consiste en realizar una acción sexual, como en los delitos de violación y estupro. De aquí el cambio de denominación del delito, que ahora se llama “abusos sexuales”. Asimismo, la fórmula adverbial explicita que el abuso presupuesto por el delito se encuentra en el uso de ciertos medios comisivos o en la concurrencia de ciertas circunstancias⁹⁹.

En segundo lugar, La Ley 19.617 distinguió sistemáticamente dos supuestos de abusos sexuales de persona mayor de doce años, configurados en forma enteramente paralela a los supuestos de la violación de persona mayor de doce años y al estupro. Esta configuración paralela produce sus efectos más importantes allí donde más imprecisión demostraba el antiguo Art. 366, es decir, en la especificación de los medios comisivos o circunstancias de comisión constitutivos de abuso. En el marco del nuevo delito de abusos sexuales, es evidente

⁹⁷ Correctamente Del Río, *op. cit.*, pág. 319, quien a diferencia de todos los demás autores exigía, además del uso indebido de la actividad sexual, el que “no constituya *un delito especial*” (las cursivas son nuestras).

⁹⁸ La respuesta legal es también obra del Senado.

⁹⁹ Resulta por lo tanto incomprensible la postura asumida por Guzmán Dalbora al sostener que la vieja fórmula sería preferible a la nueva (*op. cit.*, págs.157-160). En este punto, el autor citado francamente confunde la –dogmáticamente correcta– tesis de la irreductibilidad del componente cultural de los delitos sexuales (supra, Sección I-5, especialmente nota 21) con la –político-criminalmente inaceptable– tesis de que el merecimiento de pena se encuentra en la infracción de la moral social sexual. La Ley 19.617 reconoció abiertamente el componente normativo-cultural de los abusos sexuales al definir el concepto de acción sexual, como luego se verá. Pero con su formulación de la estructura típica puso de manifiesto que el merecimiento de pena se encuentra en la realización abusiva de la acción sexual. Claro está, siempre es posible reformular esta concepción, sosteniendo que es la moral social sexual la que prohíbe el abuso. Pero esa reformulación hace totalmente irrelevante la remisión a la moral social, pues la prohibición del abuso es el contenido subyacente a la norma legal penal y su establecimiento es su cometido fundamental.

que el adverbio genérico “abusivamente” no tiene contenido autónomo, sino que sirve como denominación genérica para los medios o circunstancias precisados en los Arts. 361 y 363, a los cuales se remite expresamente la nueva regulación.

La contribución más importante -aunque no la mejor formulada- de la Ley 19.617 a la regulación del delito de abusos sexuales se encuentra en la consagración de una definición legal del concepto de acción sexual. Esta regla implica una decisión explícita del legislador a favor de una concepción restrictiva del tipo básico de los delitos contra la autonomía sexual¹⁰⁰. Su redacción concreta no es sin embargo enteramente congruente con tal decisión.

En primer término, conforme al Art. 366 ter toda acción sexual es un acto de significación sexual. Esto, que parece una redundancia, tiene sin embargo importantes consecuencias para la construcción del tipo. En los delitos de violación y estupro la acción sexual es reconocible por ciertas propiedades físicas: la colocación espacial de un órgano genital en determinadas cavidades corporales. En el delito de abusos sexuales, en cambio, el único criterio de identificación de la acción típica es su connotación sexual. La concepción que se tenga de la connotación sexual decide, por lo tanto, la tipicidad de la acción realizada. Sobre este punto, la doctrina se escindió en dos concepciones rivales. Una primera concepción, psicologista, reducía la connotación sexual del comportamiento a la existencia de un determinado estado mental del autor, un ánimo especial, denominado “ánimo lascivo” o “ánimo lúbrico”, haciendo con ello del delito de abusos deshonestos un delito de tendencia interna intensificada (elemento subjetivo del tipo)¹⁰¹. Para otra concepción, normativista, la connotación sexual es una cuestión de significación o sentido, que se determina o reconoce siguiendo pautas culturales, es decir, un elemento normativo del tipo objetivo¹⁰².

La opción por una u otra alternativa es una cuestión de gran importancia práctica. En ocasiones una persona puede realizar una acción que conlleva un contacto corporal con zonas erógenas del cuerpo de otro, que en abstracto serían indiscutiblemente acciones sexuales, pero que por el contexto de sentido en que ellas concretamente tienen lugar, las reconocemos como acciones que no son portadoras de esa significación sexual. El ejemplo más evidente es la práctica de un examen o una intervención ginecológicas o urológicas, en el cual el médico y sus asistentes pueden realizar intensas manipulaciones de los genitales de una persona, sin que asignemos a esa manipulación una significación sexual. Desde el punto de vista de la

¹⁰⁰ Matus Acuña critica también la inclusión de esta norma, sin carácter de norma penal directamente aplicable (*op. cit.*, pág. 15). Pero tal es el carácter de todas las disposiciones que establecen definiciones legales: ser operativas sólo en conexión con la(s) norma(s) de comportamiento o norma(s) punitiva(s) que emplea(n) el término definido. También critica este autor que la definición de acción sexual no mencione que para ser punibles las acciones sexuales deben realizarse sin el consentimiento de la persona afectada (*op. cit., loc. cit.*). Esta crítica se encuentra fuera de lugar, porque, como se ha visto, el tipo del delito de abusos sexuales añade a la realización de la acción sexual (en sí misma jurídicamente indiferente) la exigencia de que esa acción sea realizada abusivamente, y especifica que el abuso consiste en el empleo de los medios o el aprovechamiento de las circunstancias señalados en los Arts. 361 y 363. Aquí, como en todos los casos de aplicación del derecho positivado, la formulación de la norma por el intérprete requiere la puesta en relación de todas las disposiciones pertinentes.

¹⁰¹ Así, Garrido, *op. cit.*, pág. 315, calificándolo de tendencia interna trascendente.

¹⁰² Así, Bascañán, *op. cit.*, págs. 70 y ss., rechazando lo que él considera ser un “dolo específico”; de igual modo, Etcheberry, *op. cit.*, págs. 69-70; Labatut, *op. cit.*, pág. 143, sosteniendo que basta un “genérico propósito impúdico”. Ninguno de estos tres autores profundiza, sin embargo, el componente normativo de la significación sexual.

concepción normativista, todas estas acciones están excluidas del ámbito típico del delito de abusos deshonestos, por aplicación de las pautas culturales que asignan a esas acciones en esos contextos una significación predominante sobre la posible significación sexual. Desde el punto de vista de la concepción psicologista, en cambio, esas acciones están excluidas del ámbito punible si y solo si el que las realiza carece de lascivia al momento de ejecutarlas. Si se pudiera acreditar la presencia de ese ánimo, la acción sería punible.

No cuesta mucho esfuerzo advertir que el trasfondo de la concepción psicologista es el modelo regulativo moralizante, y en su versión más antiliberal. La exigencia de un ánimo lascivo lleva a considerar que en casos normativamente carentes de significación sexual lo que se castiga la obtención indebida de placer sexual. Con ello se produce una subordinación del derecho a la moral en el sentido más clásico de esta distinción: se sanciona por un estado mental no expresado objetivamente (= intersubjetivamente).

Por otra parte, aún en los casos en que la exigencia del ánimo lascivo aparezca cumpliendo una función restrictiva de la aplicación del precepto, la tesis conduce a resultados incompatibles con el control racional de la argumentación judicial. Un caso jurisprudencia bastante reciente ilustra inmejorablemente estas dificultades¹⁰³. Un psicólogo recibe el encargo de realizar un peritaje en un caso de abuso sexual de una menor de nueve años de edad, y en la entrevista sostenida con la niña la determina a bajarse los pantalones y los calzones y a exhibirle sus genitales, tocando su muslo y rozando la zona externa de la vagina. El tribunal de primera instancia absuelve al acusado de la comisión de abusos deshonestos, pero la Corte lo condena, aunque por simple mayoría de votos. Es sumamente interesante observar que tanto el voto de mayoría como el disidente razonan en torno a la prueba o falta de prueba del “propósito libidinoso” del psicólogo. Y, como es previsible, en esos términos la discusión no puede progresar mucho. La acreditación de la existencia de un estado mental, o su refutación, no puede tener lugar por pruebas directas -los estados mentales son irreductiblemente privados e inaccesibles-, sino sólo a partir del comportamiento del autor. Y sobre esos hechos no hay controversia. Luego, se trata de una disputa enteramente arbitraria. La única forma de resolver un caso como éste de un modo susceptible de control argumentativo racional es aplicando pautas culturales de reconocimiento de la significación sexual.

Por lo demás, tal fue en parte el razonamiento del voto de mayoría en el caso antes comentado. Un examen atento de sus argumentos demuestra que la Corte consideró primero que la acción de solicitar a una niña la exhibición de su vagina y rozarla con la mano, además de presionar los muslos, era *prima facie* una acción de significación sexual, por lo que sólo la aplicación de criterios culturales podía revertir esa significación inicial. En el caso, la Corte estimó que el psicólogo no podía invocar las reglas de su oficio para asignar a su acción una significación distinta, como lo habría sido la práctica de un peritaje. Este es el punto crucial del fallo. No es que lo anterior sirva de presunción probatoria de la existencia de un ánimo lascivo -como lo expresa la Corte-, sino que la presencia o ausencia del goce sexual del psicólogo es irrelevante para la determinación de la significación de su acción. ¿Si las reglas del oficio del psicólogo permitieran calificar su acción como reconocimiento pericial, tendría sentido preguntarse si acaso el psicólogo tuvo o no placer sexual al realizar ese peritaje? ¿Tiene sentido investigar las pasiones y emociones íntimas de ginecólogos, urólogos y demás médicos y paramédicos, enfermeras y enfermeros, bailarines y bailarinas, actores y actrices y sumos

¹⁰³ *Contra Pablo Íñiguez A.*, Corte de Apelaciones de Coyhaique, Sentencia de 20 de Octubre de 1992, en: Gaceta Jurídica N° 155 (1993), págs. 138 y ss.

japoneses, cuando tocan el cuerpo de otro en un contexto de inequívoca significación científica, técnica, artística o deportiva?

La respuesta de la Ley 19.617 es la negativa. La exigencia de significación sexual, a primera vista tautológica, cumple la importantísima función de poner término al encubrimiento psicologista de la arbitrariedad judicial¹⁰⁴.

En segundo lugar, conforme al Art. 366 ter toda acción sexual ser y deber ser un acto de relevancia. La exigencia de la relevancia del acto es una consagración expresa del principio general de exclusión de lo injusto de bagatela, como lo sería el caso de un simple beso o de un tocamiento fugaz. No tiene otra función que asegurar formalmente la operatividad del juicio de falta de merecimiento de pena desde el punto de vista material de lo injusto. Técnicamente, la expresión “significación” podía haber bastado para cumplir esta función¹⁰⁵. Sin embargo, para evitar que esta expresión perdiera la función de normativización del concepto de acción sexual, el legislador prefirió explicitar este requisito mediante una expresión adicional¹⁰⁶.

La diferencia específica entre las acciones de significación sexual y las acciones sexuales, en el sentido del delito de abuso sexual, se encuentra en la tercera propiedad exigida por el Art. 366 ter. El acto, o bien debe haber sido “realizado mediante contacto corporal con la víctima”, o bien debe tratarse de un acto “que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima”. Estos requisitos merecen un comentario separado.

La exigencia de contacto corporal responde a una dirección en la doctrina comparada, partidaria de una interpretación restrictiva del delito de abusos deshonestos. Conforme a esta postura, el contacto corporal entre el autor de propia mano de la acción de significación sexual y el objeto personal de la acción es el criterio definitorio del umbral de los delitos de abuso sexual. Esta concepción tiene dos fundamentos. El primero de ellos, es reside en concebir la acción sexual bajo el paradigma del acceso carnal. Conforme a este paradigma, las acciones

¹⁰⁴ Conforme, Rodríguez Collao, *op. cit.*, págs. 199-201. En contra, Guzmán Dalbora, *op. cit.* págs. 159-162, sosteniendo que la referencia a una tendencia interna intensificada es un elemento imprescindible de la significación sexual, y apoyando interpretativamente su tesis en un argumento *a fortiori* a partir del Art. 366 quater: si en este delito, que es menos grave, se exige ese ánimo, con mayor razón debe exigírselo en el delito de mayor gravedad. La verdad es justo la contraria: en el delito del Art. 366 quater la exigencia de una tendencia interna intensificada compensa la amplitud del tipo en cuanto a la acción de significación sexual (*infra*, Sección VI-3). Puesto que el concepto de acción sexual es más preciso, el tipo no requiere ese elemento subjetivo. Incomprensible resulta, por lo demás, que Guzmán Dalbora base su tesis subjetivante en su –por lo demás correcta- defensa del componente cultural de la sexualidad. ¡Precisamente la identificación de este componente como una cuestión normativa –y no mental-, es decir, no subjetivo-individual sino intersubjetiva, es lo que obliga a descartar la idea del ánimo lascivo como elemento subjetivo del tipo!

¹⁰⁵ De hecho, esta es precisamente la función primaria que cumple el concepto de acción sexual en la regulación del Código Penal alemán. El § 184-c establece que “En sentido de esta ley (...) son acciones sexuales aquellas que son de alguna consideración en relación con el bien jurídico respectivo.”

¹⁰⁶ Conforme, Rodríguez Collao, *op. cit.*, págs. 201-201. En contra, Guzmán Dalbora, *op. cit.*, págs. 158-159, calificando el requisito de la relevancia como “golpe mortal (...) al principio de legalidad” y “triste homenaje (...) al de insignificancia”. La primera acusación yerra el blanco: una cláusula de atipicidad material como correctivo de una tipicidad formal *prima facie* no infringe el principio de legalidad en la medida en que (1) su función no sea sustituir o rebasar el umbral de máxima significación literal posible del precepto, y (2) su operatividad no esté entregada a la discreción del órgano prosecutor sino sujeta a control judicial. La segunda acusación depende de la comparación de esta forma de implementación del principio de insignificancia con otras fórmulas alternativas, como una cláusula interpretativa de alcance general. Pero la especulación acerca del mejor mundo posible no es un marco de evaluación razonable de una iniciativa legal constreñida a un sector de la Parte Especial.

sexuales tiene como común denominador el contacto corporal entre autor y ofendido, distinguiéndose entre sí en razón de la parte específica de uno y otro cuerpo que entran en contacto. El segundo de ellos es de carácter sistemático. El sistema de los delitos de abuso sexual se define, por oposición al sistema de los delitos contra la libertad personal, por el carácter de afectación del aspecto más personalísimo de la autonomía sexual, que es el del involucramiento corporal en una interacción de significación sexual.

La equiparación de la afectación de los genitales o el ano constituye una extensión del criterio anterior. Su finalidad principal es la de cubrir los casos de manipulación genital o anal, efectuada de propia mano por el autor, sin que exista contacto corporal. Este es el caso de la introducción de objetos en la vagina o ano de la víctima, o la manipulación de los genitales masculinos con instrumentos. Debe tenerse presente, eso sí, que no toda introducción de objetos en dichas cavidades tiene por definición el carácter de una acción sexual. Ese acto debe revestir además significación sexual. El requisito de la afectación, como alternativa al contacto corporal, es un requisito adicional a la significación sexual del acto.

El problema de esta equiparación radica en sus consecuencias para el tratamiento de los casos de realización mediata del acto que incide en la vagina o el ano. Por ejemplo, si se constriñe al ofendido a tolerar el comportamiento de un animal, ¿es este un caso cubierto por la definición de acción sexual? Otro ejemplo: si se constriñe a dos personas, ambas víctimas de la coacción, a mantener contacto sexual, ¿se satisface la definición? Y finalmente: si se constriñe a la propia víctima a ejecutar actos de significación sexual sobre su cuerpo, ¿realiza el coaccionador una acción sexual?

En abstracto, la respuesta razonable a estas interrogantes sería la afirmativa. Si el delito de abuso sexual es un atentado contra la autonomía sexual, si además la coacción es un atentado a la autonomía (como inequívocamente lo es), y si hay un comportamiento de significación sexual controlado por el coaccionador que afecta la vagina o el ano de la víctima, entonces no tiene mayor sentido diferenciar entre uno y otro caso, atendiendo a si la acción es o no ejecutada de propia mano por el coaccionador o por alguien que comparte el plan delictivo del coaccionador.

Sin embargo, la respuesta no puede darse desde el punto de vista de su razonabilidad en abstracto. La respuesta tiene que darse en el concreto contexto de la regulación jurídico-positiva. Y esta regulación hace una diferenciación. La pauta está dada por la confrontación entre la definición del Art. 366 ter y el nuevo delito consagrado en el Art. 366 quater. Puesto que este nuevo delito surge como complemento de la definición restrictiva de acción sexual, es claro que la descripción de las acciones allí consignadas son un indicador de las acciones excluidas del ámbito del delito de abusos sexuales. Tal es el caso de la determinación a otra persona a realizar acciones de significación sexual, sistemáticamente contrapuesta a la realización de una acción sexual (encabezamiento del Art. 366).

El sistema legal concreto efectúa, pues, una distinción central entre la realización de propia mano de una acción sexual y la determinación (constreñimiento, inducción, persuasión) de la realización de una acción sexual ajena. Esta distinción carece ciertamente de sentido político-criminal desde el punto de vista de la libertad sexual como objeto de protección. Su existencia es sin embargo indesmentible, y se explica como un remanente del modelo del derecho común. Que el abuso sexual exija la realización de propia mano de una acción sexual obedece, en última instancia, a la comprensión del abuso sexual como tolerancia de una expresión intolerable de la sexualidad de otro. O sea, en la inadmisibilidad de ciertas formas de

expresión de la sexualidad. Este es el costo de la vinculación de la reforma de la Ley 19.617 al modelo regulativo del Código Penal de 1875.

La superación del problema recién expuesto no es tarea del intérprete, sino del legislador. Una auténtica modernización de la regulación penal del comportamiento sexual habría requerido transformar la estructura típica de todos los delitos de coacción sexual. Por ejemplo, el concepto de la acción consistente en el delito de violación coercitiva no debería consistir en “acceder carnalmente usando fuerza o intimidación”, sino en “constreñir a otro mediante fuerza o intimidación a tolerar el acceso carnal”. En este modelo, la acción típica no es acceder carnalmente, sino coaccionar. Este fue el cambio que el Departamento de Ciencias Penales propuso implementar al Senado y al Ministerio de Justicia. Este fue el cambio que el Senado y el Ministerio de Justicia rechazaron¹⁰⁷.

Finalmente, cabe mencionar la equiparación de la afectación de la boca, a la afectación de los genitales y al ano. Esto es un error lamentable, surgido de una decisión irreflexiva de la Comisión Mixta. La Comisión consideró que la equiparación de la boca a la vagina y el ano, operada en el delito de violación y de estupro, exigía su equiparación como objeto idóneo de afectación en la definición de acción sexual. Pero es obvio que entre aquella equiparación y éste contexto existen dos diferencias fundamentales, que la Comisión ignoró.

En primer lugar, en el caso de los delitos de violación y estupro existe un contacto corporal (o por lo menos una relación de intermediación espacial) de la boca con el órgano genital masculino. La presencia de un órgano genital basta para hacer relevante la acción como una acción de significación sexual, con contacto corporal, tolerada por otro. Ese no es el caso de la acción sexual propia de los abusos sexuales, y mucho menos aún del caso para el cual se la explicita como órgano relevante, en el cual por definición ni siquiera hay contacto de la boca del afectado con otro cuerpo humano.

En segundo término, en el contexto de los delitos de violación y estupro la boca fue equiparada a la vagina y al ano en tanto cavidad corporal de significación sexual. Pero en el contexto del delito de abusos sexuales el universo de las posibles zonas corporales de significación sexual no se reduce a cavidades. Y tratándose de contacto con objetos distintos del cuerpo de otra persona, es claro que antes que la boca pueden tener mucha mayor significación sexual las nalgas, los muslos, la ingle o el pecho de una persona. Todas estas zonas erógenas fueron dejadas de lado por la Comisión Mixta, en virtud de su errónea analogía.

La única forma de manejar esta desmesurada ampliación del ámbito típico del delito de abusos sexuales será insistir de modo particularmente estricto en la satisfacción de los requisitos de la significación sexual y la relevancia del acto. Sólo queda esperar que la razonabilidad del intérprete pueda suplir la insensatez del legislador.

Todo lo dicho anteriormente se refiere a los requisitos que deben ser satisfechos para que la acción cruce el umbral mínimo del delito de abusos sexuales. Su umbral máximo se encuentra en la acción sexual constitutiva de los delitos de violación y estupro, respecto de los cuales opera como instancia subsidiaria de incriminación. Esta consideración debe ser concretada, sin embargo, en forma completamente diversa, según si se trata del Código Penal de 1875 o del Código Penal después de la Ley 19.617.

¹⁰⁷ No advertir esta vinculación de la legislación penal chilena a un modelo regulativo premoderno es el error interpretativo de quienes pretenden desconocer el carácter restrictivo de la exigencia de contacto corporal apelando a su falta de razonabilidad político-criminal (ejemplar, Cox, *op. cit.*, p. 140 ss.).

En el Código Penal de 1875 era evidente que los delitos de violación y estupro eran tipos especiales en relación con el delito de abusos deshonestos. Esto significaba que toda acción deshonesta era en principio típica bajo el Art. 366, pero que esta calificación debía ceder en beneficio de una calificación típica especial, bajo el Art. 361 o el Art. 363. Lo mismo puede decirse en relación con el Art. 365.

Un considerable sector de la doctrina expresaba la relación concursal anterior sosteniendo que la acción de yacer se encontraba excluida del tipo de abusos deshonestos. Como ya se ha dicho (*supra*, Sección 1.2), esto era un error. Lo correcto era sostener que la acción de yacer se encontraba excluida del delito de abusos deshonestos *en la medida en que estuviera comprendida en un tipo especial*. Esto significaba que en tanto los demás elementos del tipo fueran idénticos en el delito especial y el delito general, la acción de yacer estaba excluida del delito de abusos deshonestos. Este era el caso del yacer constitutivo de violación, pero no el del delito de estupro. Por eso es que los casos de yacer mediante formas de abuso distintas del engaño eran punibles a título de abusos deshonestos.

A pesar de tratarse de un error manifiesto, la tesis de la exclusión del yacer del ámbito de los abusos deshonestos produjo efectos en la jurisprudencia, y con los efectos más absurdos. En un interesante caso de 1944, la Corte Suprema sostuvo que concurriendo las mismas circunstancias (abuso no constitutivo de engaño), la introducción de un dedo en la vagina era punible hasta con cinco años de presidio (abusos deshonestos), pero la introducción del pene debía quedar impune, por no ser constitutiva de estupro (no había engaño) ni de abusos deshonestos (no era una acción distinta de yacer)¹⁰⁸.

En la regulación introducida por la Ley 19.617, el delito de abusos deshonestos se define explícitamente como un delito alternativo en relación con los delitos de estupro y violación, expresando esa relación en el establecimiento de un requisito negativo, consistente en que la acción sexual sea “distinta del acceso carnal”. Esta decisión es sistemáticamente plausible, en la medida en que la nueva regulación consagra una total identidad entre la violación y los abusos deshonestos graves, así como entre el estupro y los abusos deshonestos menos graves, en lo que se refiere a todos los demás elementos típicos: autor, objeto personal de la acción, medios comisivos, circunstancias de comisión.

Por tal razón, la decisión de la Ley 19.617 no debe ser entendida como una ratificación del erróneo criterio demarcatorio doctrinario bajo el Código Penal de 1875.

Por último, cabe señalar que la descripción de la acción sexual no limita los posibles círculos de autoría ni del objeto personal de la acción, salvo, por cierto, por la posible consideración del delito como delito de propia mano. Esto es válido para la regulación del Código Penal de 1875 y de la Ley 19.617.

1.3. *El tipo subjetivo.*

Todo lo dicho acerca del tipo subjetivo del delito de violación y estupro es aplicable al delito de abusos sexuales.

En particular, es importante destacar que el delito de abusos sexuales no supone un elemento subjetivo del tipo. Esto es manifiesto tratándose de la regulación de la Ley 19.617,

¹⁰⁸ *Rusich contra Banks (vid. supra, nota 73).*

por lo recientemente expresado. Tampoco hay obstáculos de tenor literal para sostener la misma tesis como interpretación del Art. 366 del Código Penal de 1875.

Por otra parte, cabe señalar que, contrariamente al sentido común de la doctrina, la realización de acciones sexuales con el propósito ulterior de consumir el acceso carnal no excluye en absoluto el dolo propio del abuso sexual¹⁰⁹. Si la acción debe en definitiva calificarse como abuso sexual o tentativa de violación, o ambos, eso es una cuestión propia de las cuestiones concursales que plantea este delito.

2. *El supuesto de abusos sexuales graves.*

Por “abusos sexuales (antes: deshonestos) graves ” se entiende la hipótesis de abusos sexuales cometidos con uso de los medios comisivos o con la concurrencia de las circunstancias comisivas propias del delito de violación. Después de la Ley 19.617, este supuesto se encuentra regulado en el Art. 366 N° 1. Corresponde estrictamente al supuesto de la segunda oración del Art. 366 del Código de 1875, en cuanto referido a los numerandos 1 y 2 del antiguo Art. 361.

En lo que respecta a los medios comisivos y circunstancias de comisión, todo lo dicho a propósito del delito de violación es igualmente aplicable al delito de abusos sexuales graves.

En lo que respecta a la penalidad hay sin embargo una diferencia. El Código Penal de 1875 establecía que la concurrencia de alguna de las circunstancias del delito de violación debía ser estimada como una agravante. La doctrina y la jurisprudencia entendieron mayoritariamente que esta era una agravante que debía ser estimada en conjunto con las demás atenuantes y agravantes eventuales, conforme a las reglas generales. Semejante interpretación era sin embargo incompatible con la concepción de los abusos deshonestos graves como un tipo de delito autónomo¹¹⁰.

La Ley 19.617 estableció como pena del delito de abusos deshonestos graves el mismo marco penal que el Código Penal de 1875 establecía para el delito de abusos deshonestos menos graves. Esta era la única pena congruente con el marco penal establecido para el estupro, y con el hecho de tratarse del tipo genérico desde el punto de vista de la acción sexual realizada.

Observación. La Ley 19.927 agravó el trato punitivo de los abusos sexuales graves, excluyendo los grados mínimo y medio del presidio menor. Esta decisión constituye un error, pues obligará al tribunal a absolver para no tener que imponer una pena desproporcionada en comparación con los restantes marcos penales de la Parte Especial.

3. *El supuesto de abusos sexuales menos graves.*

Por “abusos sexuales (antes: deshonestos) menos graves” se entiende el supuesto de abusos sexuales cometidos con uso de los medios comisivos o con ocasión de la concurrencia

¹⁰⁹ Así lo sostienen Bascuñán, *op. cit.*, pág. 74-76; Labatut, *op. cit.*, pág. 144; Etcheberry, *op. cit.*, pág. 70. Lo menciona, manteniéndose neutral, Garrido, *op. cit.*, pág. 315.

¹¹⁰ Al respecto, véase el comentario a sentencias citado *supra*, nota 83.

de las circunstancias comisivas que caracterizan la protección adicional de la autonomía sexual de los menores púberes.

Bajo el Código Penal de 1875 la hipótesis de abusos deshonestos graves se encontraba en la primera oración del Art. 366, y en su función de tipo de recogida del sistema de los atentados contra la autonomía sexual comprendía todas las acciones sexuales abusivas distintas del yacer, y la acción de yacer cometida con abuso distinto del engaño. El concepto de abuso restaba totalmente indeterminado.

Conforme a la Ley 19.617, la hipótesis de abusos sexuales menos graves se configura de modo enteramente simétrico con el estupro. Ahora queda restringida a las acciones sexuales no constitutivas de acceso carnal cometidas con uso de medios comisivos o con la concurrencia de las circunstancias comisivas definidas en el delito de estupro. Con ello se restablece la racionalidad del sistema y se concreta el contenido del medio comisivo “abusar” en tres supuestos diferenciados, a los que se agrega el engaño con abuso de inexperiencia o ignorancia sexual. Todo lo dicho en relación con los medios o circunstancias comisivas del delito de estupro es, pues, aplicable al delito de abusos deshonestos menos graves después de la Ley 19.617.

La pena de esta hipótesis de abusos deshonestos experimenta una disminución con la Ley 19.617. Su máximo llega a los tres años de reclusión menor, en vez de los cinco años de presidio menor establecidos por el Código Penal de 1875. La explicación de esta modificación se encuentra en el sistema de penas fijado en relación con el estupro y los abusos deshonestos graves.

Observación. La Ley 19.927 estableció para los abusos sexuales menos graves la misma pena prevista para los abusos sexuales graves. Esta decisión representa una grave inconsecuencia sistemática, ya que infringe el principio de penalidad establecido por la regulación de los delitos de violación y estupro.

4. *Cuestiones concursales.*

El delito de abusos sexuales es un tipo alternativo mixto. Lo dicho a propósito de la violación se aplica también a la realización de más de una hipótesis típica, de las correspondientes al actual Art. 361. Para el caso de la concurrencia de algunos de estos medios o circunstancias con el supuesto de abuso sexual de un menor impúber existe una regla especial (Art. 366 bis, inciso segundo; *vid. infra*, núm. VI-2).

La punición a título de abuso sexual mediante fuerza e intimidación consume lo injusto de la coacción (Art. 494 N° 16), de las lesiones menos graves (Art. 399), y de los daños menos graves (Art. 487). Las amenazas condicionales graves (Art. 296 N° 1 y 2) y la privación de libertad (Art. 141), pueden entenderse también consumidas, con tal que se aplique a este caso de concurso la función de clausura del tipo residual, esto es, que su umbral mínimo de penalidad sea considerado asimismo como umbral mínimo del delito preferente.

La comisión de violación o de estupro usualmente conllevará la realización de acciones sexuales con la persona del ofendido previamente a la realización del acceso carnal. Esto plantea la cuestión de las posibles relaciones concursales entre dichos delitos y el delito de abusos sexuales.

Esta solución de esta interrogante requiere resolver previamente la cuestión de si el dolo de cometer violación o estupro es compatible con el dolo de comisión de los abusos

sexuales. Esta cuestión surge de la antigua doctrina de la incompatibilidad de la acción de yacer (ahora, acceder carnalmente) con la acción de abusar deshonestamente (ahora, realizar abusivamente una acción sexual). La respuesta es, como se ha dicho, la afirmativa. El dolo de realizar una determinada acción sexual (incluso definida negativamente como una acción distinta de yacer o acceder carnalmente) no se ve alterado por el propósito concurrente de realizar ulteriormente otra acción sexual distinta.

Resuelta la cuestión anterior, cabe afirmar que cuando la violación y el estupro se encuentran consumados, la problemática concursal con el delito de abusos sexuales por las acciones sexuales previas a la penetración depende de la respuesta que se dé a la cuestión más general de la unidad o pluralidad de acciones de relevancia penal en relación con la tipología sexual humana. En la medida en que esas acciones sexuales previas se entiendan como parte de una unidad natural de acción, carecerá de fundamento apreciar la existencia de un concurso de delitos. Deberá estimarse como un concurso aparente, que se resuelve a favor de la violación o estupro consumados (consunción del *iter* en la consumación). Dada la relación de las penalidades respectivas, carece además de importancia la cuestión de la función de clausura del concurso aparente.

Cuando la violación y el estupro se encuentran, en cambio, en grado de tentativa, en principio tiene sentido el planteamiento del concurso ideal. Pues, apreciado desde el punto de vista de los abusos sexuales, se trata de un caso objetivo y subjetivamente injusto bajo el tipo de los abusos sexuales, en el cual concurre además el disvalor subjetivo de la violación o el estupro (junto con el disvalor de peligro objetivo que quepa exigir como fundamento de la punibilidad de la tentativa de violación o estupro, según la teoría de la tentativa que se maneje). La apreciación de este caso de concurso ideal requerirá, en todo caso, que las acciones sexuales hayan tenido suficiente entidad como para fundamentar objetivamente la pena máxima del respectivo tipo de abusos sexuales, que es la pena a imponer en virtud del Art. 75.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el desistimiento de la violación o el estupro dejará no obstante subsistente la pena por los abusos sexuales consumados con ocasión del *iter criminis*.

Observación. *Los abusos sexuales calificados contra mayores de catorce años.* La Ley 19.927 introdujo un tipo hasta entonces inexistente en el derecho penal chileno. El nuevo Art. 365 bis es del siguiente tenor: “Art. 365 bis. Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada (sic): / 1º.- con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361; (...) / 3º.- con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.” Este nuevo delito de abusos sexuales calificados mantiene la estructura sistemática dada por la Ley 19.617 a los abusos sexuales. Aunque su ubicación en el texto preceda al tipo simple (Art. 366), es evidente que se encuentra redactado como un caso especial de aplicación del concepto de acción sexual, definido por el Art. 366 ter, que rige el delito de abusos sexuales. En el propio Art. 366 ter (modificado por la Ley 19.927) se hace aplicable su definición a este nuevo supuesto. De aquí que la introducción de objetos debe satisfacer los requisitos de significación sexual y relevancia, y que la utilización de animales debe acompañar a la realización de una acción sexual. La vinculación de estas hipótesis a la definición del Art. 366 ter es la única manera de someter a algún control de racionalidad el despropósito punitivo del legislador.

IV. *Los atentados sexuales contra menores impúberes.*

“Du liebes Kind, komm geh mit mir!
Gar schöne Spiele spiel ich mit dir;
(...)
Willst, feiner Knabe, du mit mir gehn?
Meine Töchter sollen dich warten schön;
(...)
“Tch liebe dich, mich reizt deine schöne Gestalt;
Un bist du nicht willig, so brauch ich Gewalt.”

Erlkönig (Goethe) (*)

(*) ¡Tú, niño querido, ven, ven conmigo!
Juegos hermosos jugaré contigo
(...)
¿Quieres venir, fino muchacho?
Mis hijas te atenderán bien.
(...)
Te amo, tu bella figura me entusiasma;
Y si no consientes, usaré la fuerza.

1. *Consideraciones generales.*

En el Código Penal de 1875, la circunstancia de ser la víctima de la violación menor de doce años constituía una hipótesis más del delito de violación. Lo mismo cabía decir, como conclusión interpretativa, del delito de abusos deshonestos graves. Este modelo fue posteriormente seguido por la Ley Ley 17.727, de 1972, para la regulación de la sodomía con menor de catorce años como sodomía calificada.

El D.L. 2.967, de 1979, intensificó este modelo regulativo, al aumentar las penalidades de la violación y la sodomía calificada de impúberes. Pues semejante decisión portaba el sentido de considerar esa acción como una acción que poseía todo el disvalor de la violación y la sodomía calificada, en un grado superlativo. Eran los casos más graves del delito de violación y sodomía calificada.

La ley 19.617 rompió con este modelo regulativo, introduciendo una innovación sistemática consistente en distinguir nominativamente la interacción sexual con el menor impúber de los supuestos generales de violación (sodomía calificada incluida). Y consistentemente aplicó la misma innovación a la regulación de los abusos sexuales.

Con esta decisión se expresa, en primer lugar, la diferencia que existe entre el fundamento del merecimiento de pena de este delito sexual y los otros supuestos. Estos últimos son casos de atentado contra la libertad sexual. El atentado contra el menor impúber es un acto de afectación de su indemnidad sexual. En segundo lugar, con esta innovación se excluye la problemática concursal para el caso de emplearse contra el menor impúber los medios de ataque del Art. 361.

Pero el efecto positivo de esta innovación es más bien de orden cultural. La diferenciación legal puede contribuir a producir en la cultura jurídica una concepción diferenciada de los delitos de significación sexual, para sustituir en el mediano y largo plazo el burdo recurso a la presunción de derecho de la ausencia de voluntad del menor por una explicitación del auténtico objeto de protección. Eso incentiva para la discusión ilustrada de la

tesis que sirve de base a la concepción de la indemnidad sexual, esto es, que la inactividad sexual del menor impúber es presupuesto de libre desarrollo de su sexualidad.

Además de la innovación sistemática anterior, la Ley 19.617 introdujo un nuevo delito, el involucramiento de menores impúberes en una interacción de significación sexual, tipificado en el inciso primero del Art. 366 quater. La función de esta innovación consiste en extender la protección penal de la indemnidad a supuestos de interacción de significación sexual que no impliquen la realización de una acción sexual por parte del autor de la conducta. Es una compensación de la definición restrictiva del concepto de acción sexual en el ámbito del abuso sexual. Esta fue una idea del Senado. La Comisión Mixta aprovechó la idea para introducir además un delito de producción de material pornográfico con menores impúberes (Art. 366 quater).

Observación. La Ley 19.927 elevó la edad de la pubertad a los catorce años, aumentó las penalidades de los delitos de abuso sexual (simple) de impúber e involucramiento de menores en una interacción de significación sexual, y creó la nueva hipótesis de abuso sexual calificado de impúber.

2. *La violación del menor impúber.*

CÓDIGO PENAL 1875/1972/1979

“Art. 361. (...)

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

3° Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos número anteriores.

En el caso del número 3° del inciso anterior, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.”

“Art. 365. El que se hiciere reo del delito de sodomía sufrirá la pena de (...)

(...)

Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo si el ofendido fuere menor de catorce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números del inciso anterior.”

LEYES 19.617/19.927

“Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.”

En lo que respecta al ámbito típico determinado por la acción sexual realizada, el nuevo delito de violación de menor impúber efectúa la misma síntesis entre los antiguos delitos de violación (acceso carnal vaginal), sodomía calificada (acceso carnal anal homosexual) y abusos deshonestos (acceso carnal anal heterosexual y bucal) que hace el nuevo delito de violación. Todo lo dicho respecto de este último delito es aplicable a la violación de impúber.

Obsérvese que el Art. 361 exige que el objeto personal de la acción sea “una persona mayor de catorce años”, mientras que el Art. 362 exige que sea “una persona menor de catorce años”. ¿Cuál es la condición de las personas de doce años de edad? El criterio bajo las

Leyes 19.927 y 19.617 es el mismo que regía bajo el Código Penal de 1875: al cumplir catorce (antes, doce) años ya se es mayor de catorce (antes, doce) años, al menos en un segundo. Por esta razón, el Código de 1875 empleaba la expresión “doce años cumplidos”, circunstancia que el legislador estimó tan obvia que no resultaba necesario expresarla en la reforma introducida por la Ley 19.617. La Ley 19.927 no introdujo alteraciones en este punto.

En relación con la violación de menores impúberes resulta particularmente censurable la inclusión de la penetración bucal dentro del nuevo delito de violación. Con ello se hace posible una condena de hasta veinte años de privación de libertad, mayor que el homicidio simple y la castración, en un caso respecto del cual no habrá otra prueba directa que el testimonio del menor. En virtud de las reformas introducidas por la Ley 19.617, una persona del círculo cercano a un niño, denunciada por violación bucal, enfrenta una pena de diez años y un día a veinte años, que puede serle impuesta solamente en base a las declaraciones de ese niño. No hay otro caso semejante de riesgo de error judicial en el sistema.

3. *Los abusos sexuales del menor impúber.*

CÓDIGO PENAL 1875

“Art. 366. El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años pero menor de dieciocho, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 361, se estimará como agravante del delito, (...)”

LEYES 19.617/ 19.927

“Art. 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.”¹¹¹

El delito de abusos sexuales (simples) de menor impúber se encuentra configurado de modo sistemáticamente similar al delito de violación de impúber. La acción sexual es idéntica a la acción típica del delito de abusos sexuales, diferenciándose en razón de la edad del objeto personal de la acción.

A diferencia de lo que sucedía con la violación del menor impúber, en este caso la Ley 19.617 decidió diferenciar la penalidad aplicable según si se usare o no los medios comisivos o si concurrieren o no las circunstancias de comisión propias de la violación o el estupro. Esta diferenciación fue el producto de una decisión de la Comisión Mixta. Su propósito consistió en no exponer al legislador a las críticas que los medios de comunicación habían efectuado en razón de disminuirse la pena aplicable a los atentados contra menores impúberes¹¹².

¹¹¹ La Ley 19.617 establecía el siguiente precepto: “Art. 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de doce años, cuando no concurran las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363, será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados. / Si concurriere alguna de esas circunstancias, la pena será de reclusión menor en sus grados medio a máximo.”

¹¹² Esta disminución de la penalidad se producía como consecuencia de la eliminación de la consideración de la minoría de edad como una “agravante” (antiguo Art. 366). Desde un punto de vista político-criminal, esa consecuencia es una necesidad ineludible del sistema: si el delito de abusos sexuales es el delito básico o subsidiario del sistema de protección de la indemnidad sexual del menor, entonces su umbral mínimo de penalidad tiene que corresponder al umbral mínimo de punición del sistema. **Observación.** La Ley 19.927 rompió con este criterio en todos los delitos de abusos sexuales. A partir del 14 de Enero de 2004, la pena legal mínima por la comisión de un abuso sexual es una pena aflictiva es de 3 años y un día.

La diferenciación tenía un fondo de razonabilidad político-criminal, pero fracasaba otundamente en su implementación concreta. Como se dijo inicialmente (*supra*, Sección I-1.4-b), es razonable concebir los atentados sexuales graves contra el menor como actos de grave maltrato de obra de su persona. Algo de esta orientación es reconocible en el tratamiento diferenciado que intentó hacer la Ley 19.617, en la medida en que este tratamiento al menos distingue entre interacción sexual con abuso de la persona del menor (grave) e interacción sexual sin abuso de la persona del menor (menos grave). Sin embargo, tratándose de menores respecto de los cuales no puede predicarse una voluntad seria, no tiene sentido alguno precisar formas de abuso que presuponen una determinada capacidad de autonomía sexual, como lo son las remisiones a los Arts. 361 y 363. Había aquí una contradicción inequívoca.

Observación. La Ley 19.927 introdujo en el nuevo delito de abusos sexuales calificados (Art. 365 bis) también una hipótesis de abuso sexual de impúber: “Art. 365 bis. Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada (sic): (...) /2º.- con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años; (-...)”. La desproporción de la reacción punitiva es ahora francamente exasperante, dado que la tipicidad de la acción no requiere contrariedad de la voluntad del menor y ni siquiera su apreciación de la significación sexual. Aquí es donde más absurda resulta la inclusión de la boca como zona corporal afectada para efectos de la definición de la acción sexual (Art. 366 ter). ¿Habrà que recomendar en adelante a los dentistas que se apeguen estrictamente a la *lex artis* para que no corran el riesgo de ser denunciados como autores de abusos sexuales?

4. *El involucramiento del menor impúber en una interacción de significación sexual.*

CÓDIGO PENAL

LEY 19.617

(-----)

“Art. 366 quater. El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo¹¹³.

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo,”

La correcta comprensión de este delito exige identificar su posición en el sistema de los delitos contra la autonomía sexual.

¹¹³ La pena establecida por la Ley 19.617 era reclusión menor en cualquiera de sus grados, para ambas hipótesis, que estaban comprendidas por el primer inciso de este artículo.

Esta disposición tiene su origen en el Proyecto aprobado por el Senado, donde cumplía la finalidad de complementar, para el solo efecto de la protección de la indemnidad sexual de los menores impúberes, la tipificación restrictiva de los abusos sexuales. De aquí que este delito se abra a situaciones de interacción de significación sexual que se encuentran más allá de la definición del Art. 366 ter y de la estructura típica de los Arts. 366 y 366 bis. Esta nueva figura no exige la realización de propia mano de una acción sexual. En su génesis, la norma se explica como una excepción a los principios básicos del sistema de los delitos contra la autonomía sexual.

Por las razones anteriores, debe evitarse el error de considerar que el Art. 366 quater constituye una modalidad de los delitos de abusos sexuales¹¹⁴. Con mayor razón aún debe evitarse el error de considerar a este delito como una nueva tipificación del contenido de injusto del delito de favorecimiento o promoción de corrupción de menores contemplado en el antiguo Art. 367, que fue derogado por la Ley 19.617 (sobre este delito, *infra*, Sección VII-4)¹¹⁵. Si alguna denominación le corresponde, en el contexto sistemático de la Ley 19.617, es la de “abuso de significación sexual”¹¹⁶.

La fuente material del Art. 366 quater se encuentra en el § 176-V del Código Penal alemán en su redacción anterior a la Ley de 26 de Enero de 1998¹¹⁷. Esta disposición cumplía y sigue cumpliendo en ese Código la misma finalidad perseguida por el Proyecto del Senado: es un complemento de la protección penal de los impúberes, adicional a las hipótesis que presuponen un contacto corporal¹¹⁸.

La finalidad de la norma quedó sin embargo desvirtuada con ocasión de la tramitación del Proyecto en la Comisión Mixta, la cual incorporó un inciso final destinado a sancionar las mismas conductas, cuando se cometieren respecto de menores púberes. Esta decisión privó a la norma de su carácter excepcional, distorsionando su posición en el sistema y originando las confusiones interpretativas ya mencionadas.

No obstante esta modificación, tratándose de los impúberes la justificación político-criminal de la norma sigue incólume. La norma parte del supuesto que frente a acciones de significación sexual no subsumibles en el Art. 366 ter los impúberes no quedan adecuadamente

¹¹⁴ Así, Rodríguez Collao, *op. cit.*, págs. 217 y ss.

¹¹⁵ Así, Guzmán Dalbora, *op. cit.*, págs. 162 y ss.

¹¹⁶ Así, Cox Leixelard, *op. cit.*, p. 176.

¹¹⁷ “§ 176 Abuso sexual de niños. (1) El que realice acciones sexuales sobre una persona menor de catorce años (niño) o deje que sean realizadas por el niño sobre él, será sancionado con pena privativa de libertad de seis meses hasta diez años, y en casos menos graves, con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa respectiva. / (2) Del mismo modo será sancionado el que determine a un niño a que realice acciones sexuales sobre un tercero o deje que el tercero realice acciones sexuales sobre él. / (3) (...) / (4) (...) / (5) Será sancionado con pena de hasta tres años o con pena de multa respectiva el que, para excitarse sexualmente o para excitar sexualmente al niño o a un tercero: 1. realice acciones sexuales delante de un niño, 2. determine a un niño a realizar acciones sexuales delante suyo o de un tercero, 3. actúe sobre un niño mediante la exhibición de imágenes o representaciones pornográficas, mediante la reproducción de grabaciones con contenido pornográfico o mediante una conversación equivalente.” La Ley de 26 de Enero de 1998 derogó los incisos (3) y (4), aumentó el máximo de la pena del supuesto del antiguo inciso (5) –ahora inciso (3)- a cinco años o la multa respectiva, sustituyó la hipótesis del N° 2 por la de “determinar a un niño a que realice acciones sexuales sobre sí mismo”, y eliminó la exigencia de obrar con el ánimo de excitación sexual.

¹¹⁸ No acierta por consiguiente Guzmán Dalbora cuando critica la recepción de esta norma como una decisión descontextualizada (*op. cit.*, págs. 164-165). Desde el momento en que la nueva definición de acción sexual exige contacto corporal, se configura la misma necesidad contextual de complementar esa regulación para proteger razonablemente a los menores impúberes.

protegidos por el régimen general de protección de la libertad personal, que exige la constatación del constreñimiento de la voluntad ajena. Aquí hay una manifestación particularmente intensa de las diferencias que existen entre la indemnidad sexual y la libertad sexual como objetos de protección: ésta se construye sobre el horizonte de referencia de los delitos contra la libertad, aquélla rebasa ese horizonte sistemático. Por esta razón, el legislador decide crear para ellos una norma especial, que brinde la protección adicional que el sistema no otorga.

Desde el punto de vista del tipo objetivo, conforme a la redacción introducida por la Ley 19.927 este nuevo delito es un tipo mixto alternativo compuesto de cuatro hipótesis: (a) realizar acciones de significación sexual ante un menor impúber, (b) hacer que un menor impúber vea o escuche material pornográfico; (c) hacer que un menor presencie espectáculos pornográficos; (d) determinar al menor impúber a realizar acciones de significación sexual delante de otros.

Observación. La hipótesis (c) fue introducida por la Ley 19.927. El tratamiento diferenciado de las consecuencias penales, más severas tratándose de la hipótesis (d), también es obra de la Ley 19.927.

Las hipótesis (a) y (d) se definen fundamentalmente en términos negativos, en relación con el concepto de acción sexual (Art. 366 ter). En la medida en que la acción de significación sexual realizada satisfaga los requisitos que definen la acción sexual, o en la medida en que la acción sexual realizada por el menor forme parte de un contexto definido por la realización de una acción sexual por parte del autor, la interacción es constitutiva de abuso sexual (Art. 366 bis).

Las hipótesis (b) y (c) plantean como problema central la determinación del concepto de “carácter pornográfico”. En el proyecto originalmente aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el uso de este término iba acompañado de una definición convencional. Con posterioridad, la Comisión prescindió de esa definición, por considerar que una regla de esa naturaleza debía establecerse en el marco de la regulación de la pornografía (Art. 374). La razón de la decisión es ciertamente atendible. Sin embargo, como resultado de ella se construyó un tipo penal nuevo usándose una expresión descontextualizada, ya que la expresión estándar del texto legal para designar la obscenidad es la de “ofensa (ultraje, contrariedad) a las buenas costumbres”. En todo caso, es evidente que por “material” el legislador ha entendido cualquier reproducción de imágenes (“ver”) o sonidos (“escuchar”).

Observación. El Art. 366 quinquies, introducido por la Ley 19.927, establece en su inciso segundo una definición de “material pornográfico” (al respecto, *infra*, 5).

Las cuatro hipótesis comparten, además de la exigencia general de comisión dolosa, un elemento subjetivo del tipo consistente en que la acción sea realizada por el autor “para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro”. Se trata de un elemento subjetivo del tipo, consistente en una tendencia interna intensificada.

Su explicación se encuentra en la necesidad de compensar la indeterminación de la significación sexual de las acciones y el carácter pornográfico del material, para así concretar mejor los contornos del supuesto de hecho. Así entendida, no es un resultado ulterior de

excitación sexual, sino la conexión de la interacción con el menor con el gatillamiento de la sexualidad del autor lo que fundamenta la relevancia jurídico-penal del comportamiento.

El elemento subjetivo también puede explicarse como una tendencia interna trascendente, referida a un resultado ulterior de excitación sexual. Desde un punto de vista psicológico, se podría sostener que el desarrollo de la capacidad de autonomía sexual del menor impúber se ve en un peligro incomparablemente mayor cuando su sexualidad experimenta la interferencia de la sexualidad adulta. Este sería paradigmáticamente el caso del contacto corporal con el menor (abuso sexual). La extensión de esta consideración a casos en que no hubiera contacto requiere un grado mínimo de expresión de la sexualidad adulta, y ese mínimo está en la búsqueda de la excitación. Desde el punto de vista del sistema de los delitos contra la autonomía sexual, la importancia de la inminencia de la excitación puede también justificarse por el riesgo de que esa excitación conduzca a una acción sexual o a un acceso carnal sobre la persona del menor. En ambos casos el resultado de excitación es un resultado de peligro para la indemnidad sexual del menor.

Cualquiera que sea la explicación que se dé a este elemento subjetivo, la excitación buscada debe corresponder al autor o a un tercero distinto del menor. La excitación del propio menor no puede ser considerada como un peligro para el desarrollo de la capacidad de sexualidad del propio menor semejante al que se atribuye a la experimentación de la sexualidad ajena por el menor.

La penalidad asignada por la Ley 19.617 a este delito ya era incongruente con el sistema regulativo de los abusos sexuales. Al consagrar para este delito la misma pena establecida para el tipo básico del delito de abuso sexual de menores impúberes (Art. 366 quater), la Ley 19.617 hizo irrelevante –tratándose de menores impúberes- la definición de acción sexual. En efecto, ya sea que el autor realizara o no una acción sexual, si interactuaba con un menor impúber de un modo significativo para su sexualidad, la pena era la misma. La única diferencia era de carácter probatorio: en el caso de realizarse una acción sexual no hay necesidad de robar un elemento subjetivo del tipo.

Observación. La elevación de la pena del delito de abusos sexuales, simples y calificado, con impúberes introducida por la Ley 19.927, hizo posible restablecer la relevancia entre realizar una acción sexual (Arts. 365 bis N° 2, 366 bis) o mantener una interacción de significación sexual (Art. 366 quáter). Obviamente, desde el punto de vista de la proporcionalidad, era preferible el defecto de la regulación precedente.

5. *La producción de material pornográfico con empleo de menores impúberes.*

CÓDIGO PENAL

LEY 19.927

(-----)

“Art. 366 quinquies. El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo.

Para los efectos de este artículo y del artículo 374

bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”.

La Ley 19.617 contemplaba como inciso segundo del Art. 367 quáter, el siguiente precepto: “Con la misma pena [reclusión menor en cualquiera de sus grados] será castigado el que empleare un menor de doce años en la producción de material pornográfico.” Esta hipótesis, que fue establecida por el Senado, presentaba dos graves problemas de indeterminación regulativa.

El primero es que el adjetivo “pornográfico” era un término nuevo en el contexto del Código Penal, que carecía de un sentido contextualmente establecido. El segundo consistía en determinar qué debía entenderse por “emplear en la producción” del material.

En su redacción original, una interpretación sistemática llevaba a concluir que el empleo del menor en esa producción debía consistir en determinar al menor a realizar acciones que, en la representación de la reproducción del sonido o la imagen, tienen una significación sexual. Dudoso resultaba si era además requisito del tipo el hecho de que las acciones realizadas por el menor impúber (expresiones lingüísticas, posturas corporales) revistieran una significación sexual en el contexto en que tienen lugar. La consideración al fin de protección de la norma permitía concluir que la respuesta acertada era la afirmativa. Pues este era un delito de protección de la indemnidad sexual del menor y no de la moral social sexual. Para que la indemnidad sexual del menor se encuentre al menos en peligro es indispensable que el menor sea situado en un contexto de significación sexual.

Podría objetarse a la conclusión anterior que semejante exigencia hacía redundante la hipótesis del antiguo inciso segundo del Art. 366 quáter. Ese no era el caso. La realización de esa hipótesis no requería la concurrencia del elemento subjetivo del tipo que caracteriza las hipótesis del inciso primero del Art. 366 quater. La razón para prescindir de esta exigencia no era manifiesta. Ella parecía relacionarse con la consideración del empleo de menores impúberes en la producción de pornografía como un caso de explotación sexual, emparentado con la prostitución. Se trataba, pues, de una hipótesis de transición entre el injusto del Art. 366 quater y el injusto del Art. 367.

La Ley 19.927 derogó el antiguo inciso segundo del Art. 366 quáter, y en su lugar introdujo un nuevo artículo 366 quinquies. Esta nueva disposición se desentiende del contexto brindado por el Art. 366 quáter, concentrándose no ya en la exposición del menor a una interacción de significación sexual, sino en la producción de material pornográfico.

La regla debe concordarse con el Art. 374 bis, relativo a la comercialización, importación, distribución, difusión, exhibición y adquisición o almacenamiento maliciosos de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad.

La determinación del bien jurídico protegido por estas disposiciones es una tarea aún pendiente.

VII. *La protección adicional de los menores púberes.*

Además de la nueva regulación del delito de estupro y el delito correlativo de abusos sexuales, la Ley 19.617 adoptó otras tres decisiones normativas, relacionadas con la protección de los menores púberes. Mantuvo en parte el contenido de injusto del delito de sodomía (Art. 365), creó un nuevo delito de involucramiento abusivo de menores púberes en una interacción de significación sexual (Art. 366 quáter inciso tercero) y derogó la hipótesis de la corrupción de menores (Art. 367).

Observación. Por su parte, la Ley 19.927 redefinió el delito de promoción o favorecimiento de la prostitución de menores (Art. 367) e introdujo el nuevo delito de obtención de prestaciones sexuales remuneradas de menores (Art. 367 ter).

1. *El delito de sodomía.*

CÓDIGO PENAL 1875/1972/1979

LEY 19.617

Art. 365. El que se hiciere reo del delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en un grado medio.

Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio al que cometiere el delito concurriendo algunas de las siguientes circunstancias:

1° Cuando se usa de fuerza o intimidación sobre la víctima, y

2° Cuando se halle la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa.

Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo si el ofendido fuere menor de catorce años cumplidos, aún cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números del inciso anterior.”

Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”¹¹⁹

El Código Penal de 1875 sólo contemplaba como Art. 365 la disposición que hoy en día figura en su inciso primero. Esta norma originaba dos importantes problemas.

El primero consistía en determinar qué debía entenderse por “hacerse reo de sodomía”. Desde luego, la expresión “hacerse reo” significa en este contexto ser autor culpable de una acción. Lo problemático era resolver qué acción presuponía el Código Penal. Aquí se manifestaba con toda nitidez la herencia medieval en la regulación penal del comportamiento sexual: un delito indefinido de sodomía es la pieza esencial del modelo del derecho común. Los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del precepto permitían en todo caso descartar la tipicidad de las prácticas sexuales con animales. Hay constancia expresa que la

¹¹⁹ *Vid.* además lo dispuesto en los nuevos Arts. 361 (*supra*, núm. III-1) y 362 (*supra*, núm. V-1).

Comisión Redactora entendió que esta forma de sodomía –que denominó “delito de bestialidad”- no quedaba comprendida en el precepto en cuestión¹²⁰. La historia del precepto no brinda otros antecedentes relativos al contenido positivo del concepto de sodomía. De aquí que, en principio, pudiera plantearse a su respecto tanto una interpretación amplia, en el sentido de incluir la sodomía propia –salvo aquella por razón de especie- e impropia, como una interpretación estricta, en el sentido de abarcar sólo una clase de sodomía propia, como era la homosexualidad masculina. Como ya se ha visto, la primera alternativa se podía basar en la doctrina del derecho canónico y en la teología moral católica. Pero la segunda tenía a su favor un antecedente mucho más poderoso. En una genealogía regulativa que se remonta al derecho visigótico, el derecho penal español entendió la sodomía como el ayuntamiento carnal entre hombres. Esta fue también la concepción dominante en la doctrina chilena, que mayoritariamente asumió que por sodomía debía entenderse el coito anal homosexual masculino¹²¹.

El segundo problema consistía en resolver cuál era el tratamiento que debía darse a la sodomía, cuando el hecho era cometido por una parte con abuso de la otra, en términos típicamente relevantes conforme al Art. 366. Parte importante de la doctrina sostuvo que en este caso el delito se “desplazaba” desde la sodomía al delito de abusos deshonestos. En el caso de Alfredo Etcheberry, esta tesis se basaba en una interpretación de la sodomía como delito de participación necesaria, es decir, un delito que exigía consentimiento de los dos partícipes¹²². Pero, tal como lo demostrara concluyentemente Sergio Yáñez¹²³, el único tratamiento sistemáticamente correcto era la apreciación de un concurso ideal entre sodomía y abusos deshonestos. La razón era simple y obvia: quien forzaba a otro a realizar o a tolerar un acto de sodomía, ciertamente coaccionaba al otro, pero no por ello dejaba de infringir una norma de moral social, cuya vigencia constituía el objeto de protección de la norma penal acerca de la sodomía. El hecho de ejercer coacción no podía llevar a diluir la significación antijurídica del carácter sodomítico de la acción sexual. Por tal razón, la solución correcta consistía en la del auténtico concurso de delitos.

La tesis de Yáñez fue ratificada por la Ley 17.727, de 1972, que tipificó como hipótesis calificadas de sodomía los casos en que concurriera alguna de las circunstancias del delito de violación. Este supuesto fue denominado por Alfredo Etcheberry como “violación

¹²⁰ Sesión 71, en 10 de abril de 1872, en: *Código Penal...cit.*, pág. 386. Conforme a estos antecedentes, se puede sostener que la Comisión Redactora estimó que (a) la bestialidad no era subsumible bajo el concepto de sodomía, y (b) que no había razones de política criminal que hicieran necesaria su punición.

¹²¹ Restringiéndolo expresamente al coito anal, Etcheberry, *op. cit.*, pág. 76; Garrido, *op. cit.*, pág. 310. Sin restringirlos al coito, Bascuñán, *op. cit.*, págs. 22-23; Labatut, *op. cit.*, pág. 142.

¹²² Etcheberry, *op. cit.* (1ª ed., 1965), pág. 71. Curiosamente, en relación con el incesto, Etcheberry defendía la tesis contraria: si concurrían las circunstancias del delito de violación, había concurso ideal entre violación e incesto (*op. cit.*, págs. 44 y 46). Con posterioridad, Etcheberry cambió su opinión respecto del incesto, igualando su tratamiento al de la sodomía, con la consecuencia de excluir *a priori* la posibilidad de un concurso ideal entre incesto y violación (*op. cit.*, 3ª ed., 1998, pág. 39). Pero es claro que la idea del delito de participación necesaria es un error dogmático, que consiste en transformar presupuestos de la culpabilidad en elementos del tipo. Quien comete incesto o sodomía bajo *vis compulsiva*, realiza una conducta típica pero queda impune por la concurrencia de una causa de exculpación. Quien lo comete bajo *vis absoluta* no incurre en acción alguna, por lo que la infracción a la norma es imputable al coaccionador en calidad de acción propia.

¹²³ En nota a sentencia en el caso *Contra Juan Augusto Marambio Baeza*, Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de Enero de 1970, Revista de Ciencias Penales, Tomo XXIX (1970), págs. 58 y ss.

sodomítica”¹²⁴. En un contexto como el del Código Penal de 1875, la expresión “violación sodomítica” era sin embargo una contradicción en los términos. Si la violación era un atentado a la autonomía sexual, y la sodomía era un atentado a la moral social sexual, no podía haber violación sodomítica, porque la realización de una acción sodomítica no puede ser válidamente consentida. En semejante contexto, no hay protección para el libre desarrollo de la personalidad sexual sodomita. Y esta es la razón de la ordenación sistemática escogida por el legislador en 1972, que trató el caso como un supuesto de sodomía, y no de violación. A pesar de lo anterior, la nomenclatura de Etcheberry fue solícitamente acogida hasta por el legislador¹²⁵.

Es de interés observar que la Ley 17.727 dejó un importante ámbito de abuso sodomítico sin resolver, como era el caso de que se usare de algún abuso, en el sentido del Art. 366 primera oración, para determinar a un menor de entre doce y dieciocho años a realizar o a tolerar la realización de una acción sodomita. Este caso siguió siendo problemático hasta la reforma de 1999.

La Ley 19.617 eliminó todas las dificultades antedichas.

El nuevo Art. 365 describe la conducta típica como “acceder carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo”, por lo que inequívocamente se sanciona el contacto homosexual masculino consistente en la penetración genital del ano o la boca del menor. La descripción de la acción y de su objeto personal demuestran que sólo se sanciona la interacción sexual consistente en hacer de un menor de edad el partícipe pasivo del coito anal o bucal. La práctica de la *fellatio* al menor, o su inducción o determinación a que él realice una penetración genital anal, restan impunes a título de sodomía¹²⁶.

La nueva redacción de los Arts. 361 y 363, por otra parte, incluye los supuestos del acceso carnal homosexual masculino cometido con uso de alguno de los medios comisivos o concurrencia de alguna de las circunstancias de comisión de los delitos de violación o estupro. La antigua sodomía calificada es ahora violación, y el antiguo caso de concurso entre sodomía simple y abuso deshonesto menos graves es ahora estupro. Y, para eliminar de raíz cualquier discusión relativa al posible concurso entre estos delitos y el nuevo delito de sodomía, se expresa que la aplicación del Art. 365 tiene lugar cuando la acción se comete “sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro”.

Como compensación por las soluciones anteriores, la Ley 19.617 ha dejado un nuevo problema, consistente nada menos que en determinar el fundamento de la prohibición del acceso carnal anal o bucal al menor de dieciocho pero mayor de doce años, sin que concurra ninguna de las circunstancias constitutivas de abuso conforme a los demás delitos contra la autonomía sexual.

La primera respuesta es que el objeto de protección de esta norma sigue siendo la moral social sexual. La razón de ello se encuentra en que conforme al tenor literal de la

¹²⁴ Etcheberry, *op. cit.* (3ª ed., 1998), págs. 71-73. Junto con darle esta denominación, Etcheberry otorgó a la sodomía calificada un tratamiento sistemático contrario al que le dio la Ley 17.727, considerándolo un delito contra la libertad sexual y no —como la sodomía— un delito contra las buenas costumbres.

¹²⁵ Art. 141 inciso final, conforme a su redacción por la Ley 19.241, de 28 de Agosto de 1993. Considera también acertada la denominación de Etcheberry, Garrido, *op. cit.*, pág. 309.

¹²⁶ Desde luego, si esas acciones tienen lugar con alguna de las circunstancias de los Arts. 366 o 366 bis, la acción es punible a título de abusos sexuales.

disposición el consentimiento del menor no excluiría lo injusto de la conducta. Además está decirlo, esta es la respuesta que concuerda con la representación de al menos parte de los agentes legislativos. La sodomía del nuevo Art. 365 es un remamente fragmentario del delito de sodomía, pero auténtica sodomía: un comportamiento merecedor de pena por su carácter de acto *contra natura*.

Pero semejante respuesta tropieza con dificultades insalvables, que se pueden señalar con tres preguntas:

- (a) ¿Por qué es merecedora de pena sólo la sodomía con un menor de dieciocho años, si el acto sodomítico realizado entre adultos sigue siendo igualmente *contra natura*?
- (b) ¿Por qué es punible sólo el que accede carnalmente al menor y no el menor que consiente ese acceso¹²⁷, si tanto lo uno como lo otro son actos igualmente *contra natura*?
- (c) ¿Por qué es punible sólo la penetración del ano o la boca del menor, pero no la práctica de la *fellatio* al menor ni la determinación del menor a realizar la penetración anal, si todos estos son igualmente actos *contra natura*?

Estos tres rasgos distintivos del nuevo delito de sodomía -sólo la interacción con un menor, sólo el que interactúa con el menor, sólo ciertas formas de interacción- pueden ser explicados únicamente si se asume que esta nueva norma no protege lisa y llanamente la moral social heterosexual, sino que vincula esa finalidad de protección a alguna dimensión de la autonomía sexual o del bienestar sexual.

Detrás de la decisión del legislador se encuentra la finalidad de tratar diferenciadamente ciertas prácticas homosexuales masculinas (el acceso carnal anal o bucal al menor), por estimar que su incidencia en el desarrollo de la sexualidad del menor era más significativa que las prácticas heterosexuales, las prácticas homosexuales femeninas y otras prácticas homosexuales masculinas (*fellatio*, penetración practicada por el menor). Se puede ciertamente discutir que la línea demarcatoria trazada por el legislador sea razonable como criterio de política legislativa. Pero no cabe duda que esta explicación asigna al menos un sentido a la regulación introducida por la Ley 19.617. El nuevo delito de sodomía es un atentado contra alguna dimensión de interés personal de un menor de edad, y no una mera infracción de la moral social sexual¹²⁸.

Para quienes adopten esta perspectiva, queda abierta una interrogante crucial. ¿El nuevo delito de sodomía protege la libertad sexual del menor púber frente a actos sodomíticos, o más bien protege su indemnidad sexual frente a la interacción sodomítica? ¿Debe entenderse que el merecimiento de pena de la sodomía supone tácitamente alguna forma de abuso o manipulación de la voluntad del menor, menos grave que los medios abusivos del estupro? ¿O bien debe entenderse que la sodomía con un menor es merecedora de pena en términos absolutos? En suma ¿tiene o no relevancia el consentimiento libre del menor para excluir lo injusto de la sodomía?

¹²⁷ Cosa distinta es que el menor sea inimputable: eso es algo necesario, tratándose de menores de dieciséis años, pero meramente contingente, tratándose de menores de dieciocho pero mayores de dieciséis años. En ambos casos, se trata de la concurrencia o ausencia de un presupuesto distinto del injusto, como lo es la imputabilidad.

¹²⁸ Por supuesto, la necesidad de vincular la prohibición de la homosexualidad a alguna dimensión de interés personal del menor no diluye del todo la impronta moralizante del Art. 365: sostener que la interacción homosexual constituye sin más un peligro para el desarrollo de la sexualidad del menor implica una valoración de la heterosexualidad como sexualidad “sana” y de la homosexualidad como sexualidad “patológica”. Esta es la versión pseudo-científica de la concepción moralizante del derecho penal.

La propia Ley 19.617 no permite resolver esta cuestión. Desde el punto de vista de las representaciones del legislador histórico, lo más verosímil parecería ser la concepción de la protección del menor como indemnidad homosexual hasta los dieciocho años. Esta concepción se ve confirmada por el tenor literal del Art. 365, que no exige medios o circunstancias comisivas. Pero desde el punto de vista del contexto sistemático dado por el Código Penal reformado por la Ley 19.617, lo más razonable es la concepción de la protección del menor como libertad homosexual a partir de los doce años. Al fin y al cabo, en la nueva regulación el tratamiento del acceso carnal anal o bucal homosexual no tiene un solo rasgo distintivo frente al tratamiento del acceso carnal anal o bucal heterosexual, salvo por el nuevo Art. 365. Por eso es más correcto integrar la nueva norma de la sodomía al nuevo sistema, que romperlo.

Para decidir la cuestión es necesario recurrir a criterios externos a la propia Ley 19.617. Una decisión sobre interpretación conforme a la Constitución es inevitable. ¿Exige la Constitución respetar la autonomía sexual de las personas, incluso cuando su ejercicio contraviene criterios de moral social predominantes? Si la respuesta es positiva, ¿Exige la Constitución respetar la autonomía sexual del menor púber en forma esencialmente semejante al respeto debido a la autonomía sexual del adulto? La respuesta afirmativa a esta interrogante impone la interpretación del nuevo delito de sodomía como protección de la libertad sexual del menor púber.

Como se puede advertir, la cuestión del estatus constitucional de la autonomía sexual frente a la moral social sexual, que tanto intentó dar por prejuzgada la posición conservadora, es ineludible.

2. *El involucramiento de menores púberes en una interacción de significación sexual.*

CÓDIGO PENAL

(-----)

LEY 19.617/LEY 19.927

“Art. 366 quater. (...).

(...)

Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363.”¹²⁹

La inclusión de un supuesto análogo a las hipótesis de interacción de significación sexual con personas menores de doce años, pero para personas mayores de doce y menores de dieciocho años, usándose fuerza, intimidación, o los modos de abuso del estupro, fue una decisión adoptada por la Comisión Mixta durante la tramitación de la Ley 19.617.

¹²⁹ Las penas establecidas por la Ley 19.927 son de presidio menor en sus grados medio a máximo y presidio menor en su grado máximo; esta última es la aplicable a la determinación al menor a realizar actos de significación sexual delante de otra persona.

Esta extensión de la protección penal de los menores impúberes a los menores púberes carece de fundamento. Los menores púberes se encuentran a este respecto suficientemente protegidos por las reglas generales de protección de la libertad personal. Es precisamente la inoperancia de estas reglas tratándose de menores impúberes lo que exigía una regulación adicional.

En la interpretación de este tipo debe tenerse presente lo expuesto a propósito del Art. 366 quater incisos primero y segundo, y de los medios comisivos del Art. 361 N° 1 y 363.

En cuanto a la penalidad, es digno de notarse que ella produce un absurdo dentro del sistema.

Conforme a la Ley 19.617, podía darse el caso que una acción de significación sexual, pero sin contacto corporal, realizada ante un menor púber con uso de un medio comisivo propio del estupro, recibiera una pena mayor que la acción sexual con contacto corporal realizada del mismo modo (comparación entre el Art. 366 quater y el Art. 366 N°2).

Conforme a la Ley 19.927, da igual que haya o no contacto corporal con el menor, cuando se lo determina a realizar una acción sexual. La pena del Art. 366 inciso segundo es idéntica a la pena del Art. 366 quater inciso segundo, aplicable a la hipótesis del inciso tercero.

3. *La corrupción y la prostitución de menores.*

CÓDIGO PENAL

LEY 16.617/LEY 19.927

“Art. 367. El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuno a treinta sueldos vitales.”

“Art. 367. El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio menor su grado máximo.

Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.”¹³⁰

Junto a la promoción y el favorecimiento de la prostitución de menores, el Código Penal de 1875 sancionaba la promoción y el favorecimiento de *su corrupción*.

La doctrina interpretó esta hipótesis como una acción de perversión o depravación de la sexualidad del menor¹³¹. Esta interpretación se explicaba por su afición a consultar el Diccionario y su razonable intención de restringir la aplicación de una pena monstruosa al acaecimiento de un supuesto de interacción sexual también monstruoso. Demás está decirlo, este laudable intento de restringir su aplicación no mitiga el carácter manifiestamente moralizante de una norma legal que pretende castigar la perversión del comportamiento sexual

¹³⁰ La Ley 19.1617 dio al precepto la siguiente redacción: “El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuno a treinta sueldos vitales.”

¹³¹ Al respecto, Manuel Angel González Jara, *El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, especialmente págs. 90-102.

de un menor¹³². Pero, como salta a la vista, la doctrina no podía explicar un dato elemental de la regulación legal: que el sancionado fuera solamente el promotor o favorecedor, y además, siempre que actuara con habitualidad o abusando de autoridad o confianza. Si se trataba de sancionar un acto con efectos tan devastadores sobre la sexualidad del menor, ¿por qué se exigían requisitos adicionales? Y lo que era más importante, ¿por qué no se sancionaba al que realizaba los actos sexuales depravados o corruptores con el menor? A la luz de esa interpretación doctrinal era inexplicable que el autor del delito no fuera el corruptor del menor.

La verdad es que la interpretación de la doctrina descansaba en un completo error. Esta norma proviene del Código Penal Español de 1848/50, el cual la tomó del Código Penal francés de 1810, el cual por su parte se basó en la legislación de la revolución francesa. El examen de estas fuentes históricas demuestra que el delito de promoción y favorecimiento de la corrupción de menores no era sino la alcahuetería, es decir, la acción de poner libertinos en contacto menores de edad sin experiencia sexual, para que pudieran seducirlos. La “corrupción” no era otra cosa que la iniciación sexual del menor. Esta norma surgió en el derecho penal francés como compensación de la derogación del estupro simple, que castigaba al seductor, y como cómplice suyo, al alcahuete. Derogado el delito de seducción, la alcahuetería debería haber restado impune, en su calidad accesoria. Sin embargo, la legislación revolucionaria decidió sancionar la alcahuetería habitual o abusiva, en atención a su potencia erosionadora de las costumbres sexuales. De aquí que los requisitos de habitualidad y abuso de confianza pasaron a ser esenciales para el merecimiento de pena de la conducta. Por esa razón, la corrupción fue un delito contra la cosa pública –no contra la persona del menor–, en una posición sistemática equiparable al exhibicionismo o la difusión de pornografía. En suma, la promoción o favorecimiento habitual o abusiva de la corrupción de menores no era un delito de abuso del menor, sino un delito contra la moral social sexual.

Por cierto, la pena establecida por el Art. 367 no era congruente con la explicación anterior. Pero lo que sucede es que la magnitud de dicha pena carece de explicación, si se la compara con la penalidad que el mismo delito tenía en sus fuentes históricas. Si la doctrina hubiera advertido el origen y sentido de la norma, en su contexto histórico, habría podido levantar el auténtico reclamo de política criminal que merecía la disposición, cual era su derogación, o al menos, la adopción de un marco penal adecuado, como debió haber sido la reclusión o presidio menor.

La protección razonablemente exhaustiva dispensada por la Ley 19.617 a los menores de edad, así como la obsolescencia de la actividad de la alcahuetería, hacían enteramente aconsejable derogar este supuesto¹³³. Con esta decisión se clarificaba además las relaciones existentes entre los Arts. 367 y 367 bis, en tanto normas reguladoras del proxenetismo.

Es importante reiterar en todo caso que la derogación de este delito no está relacionada directamente con la creación del nuevo Art. 366 quater. Por tal razón, las dificultades que

¹³² Cándidamente, Guzmán Dalbora cree poder eludir la connotación moral del concepto de corrupción por el hecho de exigirse trascendencia de la perversión en el sentido de una exteriorización en los hábitos o costumbres sexuales del menor (*op. cit.*, pág. 163). La connotación moral se encuentra en el establecimiento de una prohibición penal a pesar del consentimiento del menor púber, es decir, en la consideración de la “normalidad/anormalidad” del comportamiento sexual del menor como criterio central del merecimiento de pena, con total prescindencia de su autonomía. Esto hace a la corrupción un delito enteramente análogo a la sodomía. De aquí que Rodríguez Collao decida denominar “corrupción de menores” al remanente de la sodomía consentida del Art. 365 (*op. cit.*, págs. 249-255).

¹³³ Conforme, Rodríguez Collao, *op. cit.*, págs. 26-27 y 225, aunque sin compartir la explicación histórica.

pueda originar la aplicación de esta disposición de ningún modo deben conducir al restablecimiento del delito de corrupción de menores.

En particular, sería enteramente inadecuado seguir las recientes reformas españolas, para reintroducir la corrupción de menores, en una versión desprendida de sus presupuestos ilustrados de merecimiento de pena, bajo el aparente manto de legitimidad del pseudo-cientificismo que caracteriza la noción del bienestar sexual. Tal es el nuevo Art. 189-3 del Código Penal español sanciona al que “haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste”. Una disposición como esta es la negación de un derecho penal liberal: prescinde de la especificación de medios comisivos y presenta como resultado de daño un estado de cosas imposible de acreditación objetiva. Quien promueva la adopción de un delito como éste, al menos inconsciente o encubiertamente mantiene un compromiso con la consideración de la vigencia de la moral sexual como fin de protección de las normas punitivas¹³⁴.

Observación. Durante la tramitación de la Ley 19.617 se hizo presente por la policía de investigaciones la dificultad de probar los elementos de la habitualidad o el abuso, requeridos por la hipótesis legal originaria. La crítica era absurda: si la relación sexual consentida por el menor púber era jurídico-penalmente relevante, entonces la intermediación de esa relación no podía constituir delito. Recién cuando la habitualidad o el abuso configuraban el proxenetismo es que se creaba el riesgo de explotación de los menores de edad. La habitualidad y el abuso eran, por lo tanto, las condiciones de merecimiento de pena del delito. Por eso La Ley 19.617 las mantuvo. La Ley 19.927, como era de esperar, asumió el errado punto de vista de la policía, y configuró un tipo básico sin los elementos de merecimiento de pena. Este nuevo tipo penal debe ser puesto en correlación con el nuevo delito del Art. 367 ter. En virtud de esta nueva regla, que sanciona la obtención de prestaciones sexuales bajo promesa remuneratoria, se explica la punibilidad del intermediario puntual. Ahora la regla se explica como pena especial del partícipe en el nuevo delito del Art. 367 ter.

Excurso. Los delitos de explotación sexual (prostitución de menores, proxenetismo internacional, obtención de prestaciones sexuales de menores bajo promesa remuneratoria: Arts. 367, 367 bis, 367 ter) configuran una clase distinta de la de los atentados contra la autonomía sexual. El fundamento de su punición oscila entre la evitación de peligro (concreto y abstracto) para la autonomía sexual y le libertad personal de las personas prostituidas, evitación de la perturbación del desarrollo de la autonomía sexual de los menores púberes, la protección de la moralidad social y la reacción estratégica contra la criminalidad organizada de otros ámbitos delictivos (básicamente, tráfico de estupefacientes). Su análisis excede el contexto de este material de estudio. Es importante señalar, eso sí, que la Ley 19.927 erosionó las diferencias entre ambas clases de delitos, al introducir un supuesto de interacción individual –lo que es propio de un delito de abuso- sin exigir un modo abusivo de comisión (Arts. 367 ter, 367 inciso primero). Esta es una grave inconsistencia de política criminal. Algo semejante cabe decir de los nuevos delitos de pornografía infantil (Arts. 366 quinquies, 374-374 ter).

¹³⁴ Tal es el caso de Guzmán Dálbora, *op. cit.*, pág. 167. Notablemente, la exposición de este autor se caracteriza por un –correcto- escepticismo respecto de la fundamentación político-criminal de conceptos como la indeminidad sexual de los impúberes, o el normal desenvolvimiento de la sexualidad de los menores púberes. Sin embargo, a la hora de evaluar las alternativas regulativas disponibles en el derecho comparado, acepta que la “depravación” del menor sea un concepto descriptivo de un resultado dañino, y declara su preferencia por esta norma indeterminada y encubiertamente referida a la moral social. En un autor que rechaza tan decididamente –y no sin lucidez- la condición de delitos de peligro abstracto de los atentados contra menores, resulta en verdad difícil de comprender su aceptación de una fórmula legal pseudo-resultativa y que prescinde por completo de la autonomía del menor púber.