



MARÍA INÉS HORVITZ LENNON

---

*Abogada, Doctora en  
Derecho Penal de la  
Universidad Autónoma  
de Barcelona,  
Profesora de Derecho  
Penal de la Facultad de  
Derecho de la Universidad  
Diego Portales.*

# Delitos

libertad personal

# sexuales

y protección de la moral

Basta observar la rúbrica del Título VII del Libro II del Código Penal chileno para constatar del modo más evidente la contaminación moralizante de nuestro ordenamiento punitivo que aunque resultaba natural y posible para el legislador de fines del siglo XIX, resulta hoy inadmisibles a la luz de los principios que deben regir la intervención punitiva del Estado en un sistema democrático. Si función del derecho penal es proteger los bienes jurídicos frente a los ataques más graves que los lesionan, entonces hay que preguntarse qué tiene que ver la pena estatal con la homosexualidad entre adultos, las ofensas al pudor y las buenas costumbres o la pornografía, que pueden ser conductas más o menos inmorales pero respecto de las cuales aparece claro que no tutelan bienes jurídicos penales<sup>1</sup>.

La eficacia limitadora del concepto de bien jurídico, su carácter de principio garantizador de carácter cognoscitivo<sup>2</sup> se frustra ante entidades vagas, difusas, abstractas y que no aparecen como vitales para el desarrollo personal de los individuos dentro de la sociedad. Y está claro que lo que resulte moral, decoroso o conforme a las buenas costumbres dependerá de los que algunos (pocos o muchos) piensen sobre el tema que será diferente a los que otros (pocos o muchos) crean al respecto, y que estas divergencias no deben ser solucionadas por el sistema penal a menos que nos encontremos frente a auténticos bienes jurídicos. Menos aun cuando los estudios sociológicos realizados en este ámbito denuncian la falta de correlación que existe entre las normas morales que se dice acatar y los comportamientos que de hechos se realizan, poniendo en evidencia las funciones simbólicas del instrumento penal.<sup>3</sup>

Y por ello no resulta hoy sorprendente verificar cómo defensores de la libertad económica o política se oponen a las libertades que entran en conflicto con su concepción de la moralidad o las buenas costumbres. Así, por ejemplo,

Dworkin<sup>4</sup> ilustra la experiencia norteamericana en orden a promulgar una ley antipornográfica que resultaba incompatible con la libertad de expresión, la que se fundamentó verosímelmente en la idea que la pornografía niega la libertad positiva de las mujeres, su derecho a ser dueñas de modelar su imagen en la vida social y política a partir de fantasmas masculinos.<sup>5</sup> Este tipo de argumentación como otras que se asientan en afecciones a la libertad negativa, como prohibición de realización<sup>6</sup>, muestran la enorme complejidad de salvar las diferencias en un Estado que se define democrático y pluralista: una acción inhumana no puede ser castigada en cuanto tal, si es que la tolerancia, la dignidad de las personas y el respeto por las ideas y actos ajenos que a nadie perjudican constituyen pilares fundamentales de la actuación del Estado.

Ahora bien, este discurso vale en la medida en que no se afecte un bien jurídico digno de protección penal, como es, por ejemplo, la libertad personal. Y es así como otros sistemas del derecho comparado eliminan las connotaciones moralizantes de los delitos sexuales configurándolos como atentados contra la libertad o la autodeterminación sexual. Mientras esto sucede, nuestro Código Penal sigue anclado en conceptos como "moralidad pública", "mujer de buena fama" o abusos "deshonestos" que siguen respondiendo al modelo de regulación de los delitos sexuales de la teología moral escolástica, teñido de intolerables estereotipos sobre comportamiento sexual debido e indebido y que incide, además, en una desigual distribución del honor y la reputación entre hombres y mujeres con el consecuente trato discriminatorio también a nivel punitivo.<sup>7</sup>

Un intento por mejorar esta situación consiste en un proyecto de reforma del Código Penal en materia de delitos sexuales, actualmente en tramitación en el Congreso.<sup>8</sup> En el Mensaje del proyecto se hace alusión a ciertos datos sobre la violencia sexual en Chile<sup>9</sup>, de indudable valor criminológico,

<sup>1</sup>En el sentido apuntado por Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 275 y ss.

<sup>2</sup>Función que permite saber qué se está protegiendo con un determinado precepto penal, para conocer y posibilitar la crítica de esa protección. Vid. Bustos (I) "Política criminal e injusto" en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Terris, Bogotá, 1982, pp. 65 y ss., p. 73.

<sup>3</sup>Vid. Larrauri, E. (comp.) *Mujeres, derecho penal y criminología, siglo XXI*, Madrid, 1994, *passim*.

<sup>4</sup>"Libertad y pornografía" en *Revista Derecho y Humanidades, Escuela de Derecho, Universidad de Chile*, Vol. 2 Nº 3 y 4, 1993, pp. 169 y ss.

<sup>5</sup>Expresa las ideas de Catherine Mackinnon, que pueden examinarse en "Hacia una teoría feminista del derecho", en *Revista de Derecho y Humanidades*, cit., pp. 155 y ss. (Dworkin, cit., p. 171-172)

<sup>6</sup>Así, por ejemplo, la definición de ciertas ideas (pornografía) como "ideas que imponen el silencio", tesis de Frank Michelmann, "Conception of democracy in american constitutional argument: the case of pornography regulation", en Dworkin, cit., p. 177, nota 7.

<sup>7</sup>Y esto no sólo respecto de los delitos sexuales. Piénsese en la causal de exención de responsabilidad criminal que favorecía al marido que sorprendía en flagrante adulterio a su cónyuge y mataba, hería o maltrataba a ella y a su cómplice, existente hasta 1953 en nuestro ordenamiento jurídico, o en las diferencias habituales entre los tipos penales de adulterio y amancebamiento, delitos derogados en 1994 después de un acalorado y arduo pacífico debate parlamentario. Los tipos penales aun vigentes reflejan las concepciones culturales masculinas sobre la mujer y ponen su énfasis en el honor y reputación de las mujeres según su conducta sexual y, evidentemente, la discriminación no es sólo al nivel normativo: trabajos empíricos muestran cómo en la práctica se aplican mayores penas a la mujer parricida que al hombre que comete el mismo delito o cómo se evita la apreciación de una causal de justificación para la mujer que mata al marido que probablemente la ha hecho víctima reiterada de violencia doméstica, etc. (vid. Larrauri, cit., pp. 93 y ss.).



que entre otras conclusiones establece, primero, que la cifra oscura de la criminalidad sexual fluctúa entre el 75% y el 95%; segundo, que un 71,5% de las víctimas de agresiones sexuales son menores de edad, correspondiendo un 7,3% a menores de 4 años, un 31% a menores de 9 años y un 57,3% a menores de 14 años; y finalmente, que en un 71% de los delitos, autor y víctima tienen vinculaciones de parentesco o amistad, siendo victimarios padres o parientes en un 30% de los casos. Ciertamente, estos datos nos muestran la gravedad del problema en Chile, especialmente tratándose de menores, y modifica la percepción generalizada de que el agresor sexual es un tercero ajeno a la víctima. Sin embargo, hay que tener claro que los problemas de violencia en contra de las mujeres y los niños no se resuelven con el derecho penal<sup>10</sup>; esta vía sólo produce la satisfacción de haber hecho algo (en los políticos) o la impresión de tener el problema bajo control (los ciudadanos). Lo que no implica renunciar a participar en los debates y en los procesos de reforma legal para mejorar la forma en que se plantea la protección penal de los comportamientos que afectan la libertad e indemnidad sexual.

Desde esta perspectiva el proyecto plantea importantes reparos pues se trata de una reforma parcial que no transforma radicalmente los conceptos y criterios de tipificación hoy vigentes sino que los hace más "presentables", y se inserta dentro de un cuerpo legal anacrónico, disparaje, que pone en evidencia los graves problemas sistemáticos que lo aquejan.<sup>11</sup> Por tanto, si bien cambia completamente la fisonomía de los delitos sexuales, dentro de una crítica deslegitimante de la moral sexual como objeto de protección penal, se mantienen los principios estructurales que privilegian la significación sexual del acto por sobre el comportamiento atentatorio contra la libertad.<sup>12</sup> Esta situación se produce en la medida que se transforma el abuso sexual en el núcleo típico de la mayor parte de los atentados sexuales, lo que plantea importantes incongruencias con la naturaleza del objeto de protección: si la libertad sexual no es más que una especificación de la libertad personal, nada pareciera justificar la existencia de una intensificación de la punibilidad o de la penalidad cuando la coerción o la privación de libertad tiene una significación de carácter sexual<sup>13</sup>.

En fin, las tareas de un derecho penal auténticamente liberal están vinculadas a la permanente revisión y discusión crítica de los fundamentos de la punición, especialmente en un ámbito tan sensible a las concepciones socio-culturales imperantes en un momento histórico dado, teniendo siempre presente que la intervención punitiva estatal se encuentra estrictamente limitada por las esferas de libertad que otorga nuestra condición de sujetos con igual capacidad de discernimiento moral, de modo que aquélla sólo resulta legítima cuando se trata de la protección de bienes que el ser humano precisa para su desarrollo personal en sociedad, con respeto de su autonomía ética e incolumidad social.

*<sup>10</sup>DESUC, La violencia sexual en Chile: dimensiones colectiva, cultural y política, Diciembre 1992. Las cifras se basan en 5.555 peritajes del Servicio Médico Legal, efectuados entre 1987 y 1991, además de los antecedentes estadísticos proporcionados por Carabineros, por la Policía de Investigaciones y sus organismos especializados, como el Centro de Asistencia a las Víctimas de Agresiones Sexuales (CAVAS), Poder Judicial y del Instituto Nacional de Estadísticas, etc.*

*<sup>11</sup>Sin embargo, se presenció permanentemente el fenómeno de "huida" hacia el derecho penal que pone en constante crisis el principio democrático-liberal de última ratio de la intervención punitiva del Estado. Los problemas sociales que están en la base de la violencia doméstica (y la otra), como es de toda violencia, muestran carencias materiales y deficiencias de socialización en determinados valores que la pena no hace más que agudizar, especialmente cuando se dan en el seno de la familia.*

*<sup>12</sup>Sospechosa resulta la decisión político-criminal, claramente ilegítima, de mantener la sodomía consentida entre adultos como delito, lo que resulta un absoluto contrasentido con los propósitos declarados de la reforma y con la constante crítica de la doctrina.*

*<sup>13</sup>Bascuñán Rodríguez (A) "Problemas básicos de los delitos sexuales", manuscrito mecanografiado, próxima publicación en Anuario de la Facultad de Derecho de la U. Austral de Chile, Valdivia.*

*<sup>14</sup>Así, Bascuñán una vez que "cuando el objeto del comportamiento al que es constreñida la víctima es de naturaleza sexual, se penaliza una mayor variedad de formas de interacción, declarándose como "abuso punible" el empleo de medios comisivos que por regla general restan impunes", sin contar con que las penas asignadas a los delitos sexuales más graves pueden sobrepasar en 10 años de duración el máximo de la pena privativa de libertad asignable al delito genérico de coerción. Sin embargo, puede objetarse a esta posición, al menos de lege lata, que la actual regulación de los atentados contra la libertad es altamente insatisfactoria, especialmente tratándose de las amenazas y coacciones. Por otro lado, resulta a mi juicio discutible la posición de este autor que atribuye mayor gravedad a la penetración genital, "por consideraciones etiológicas", sobre otro tipo de penetraciones, como la anal o bucal, si vemos estos delitos estrictamente desde la perspectiva de atentados contra la libertad.*