

APRECIACIÓN Y REPROBACIÓN DE LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD EN CHILE (p. 201)

José Luis Guzmán Dalbora

SUMARIO: *I. Cuestiones terminológicas. II. El problema del objeto jurídico de estos delitos en el Código penal chileno. III. Consideración crítica de la reforma de 1999: a. Prolegómenos. b. los delitos. c. las penas y su aplicación. IV. Epílogo.*

I. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Hablar de la reforma de unos delitos contra la *honestidad* sonará en estos años a anacronismo y empecinamiento. De hecho, en no pocos estudios monográficos y exposiciones sistemáticas de los delitos en palabra, conspicuos defensores de lo que el convencionalismo denominó *libertad sexual* cierran tras ésta la puerta a una ulterior discusión acerca de las valoraciones que los informan, negándose, sobre todo, a ceder un ápice en favor de la vieja rúbrica, tradicional en la codificación penal de España e Iberoamérica, pero hoy defenestrada y materia de obligado denuesto, particularmente entre los penalistas de la joven generación. Y sobre los adjetivos de imprecisa, trasnochada y arcaizante dibujados en su estampa por mano de los últimos, cierto acuminado feminismo en boga ciñe el anatema con la corona de más elocuentes epítetos sazonados en la literatura de folleto. El sino del modernismo, es decir, el *pathos* ideológico de la época contemporánea, que tan pronto destruye lo que antes cultivó y pasa de un ídolo a su antípoda con la versatilidad del funámbulo, cobra también aquí, en este acotado (p. 202) terreno de la Parte especial del Derecho penal, su precio. Por cierto, el que transite al margen del vertiginoso circuito lo pagará a su modo, esto es, con la moneda del exilio político y civil o, en el mejor de los casos, convirtiéndose en tema de exorcismos en que el eco de su voz deformada puede al menos resonar entre la combustión de aquello que sólo se menciona para ser condenado.

Quien, pues, desde el margen de este estado de cosas emprenda el estudio de una de esas tantas innovaciones compactas que la delicada familia de infracciones viene experimentando en las últimas tres décadas con la mira de enjuiciarla en su conjunto, constreñido queda a redoblar el

acento que anima sus prevenciones, para que no se le lea entre líneas ni sus cuartillas den pábulo a suponer en él propósitos nefandos o atrofia moral. El tema, por lo demás, tan lleno está de malentendidos que sería preciso despejar, como ensordecedor resulta el coro de quienes los ignoran o, peor, fortalecen al compás del *dernier cri* científico. Mas hay que develarlos, porque, si de suyo tienden un manto que la oscurece en un plano general, esto es, no relativizado al ordenamiento chileno, podrían por añadidura dificultar la comprensión de las líneas que ahora diseñamos y su intento de representar la imagen global de la materia en el rostro presente y el inmediato pasado del Código penal de 1874.

Ante todo, parece una provocación que nos abstengamos de emplear la difundida etiqueta de *delitos sexuales* y que, de momento, perseveremos en la odiada terminología en la caracterización de este grupo de infracciones. Es que, por un lado, si con aquello de los delitos sexuales se pretende, como el uso moderno sugiere, clasificar e incardinar la familia, dentro del sistema del Derecho punitivo, a partir de una motivación típica y omnipresente en sus miembros singulares, o sea, el móvil sexual, pasamos por alto que estamos ante una dimensión del hombre de complejidad extraordinaria, una esfera de tendencias subjetivas y actuaciones externas que entrevera el sustento fisiológico en el instinto correspondiente -un impulso muy enmarañado, en el que intervienen componentes físicos y psíquicos, pero también de relación, y, que, por ende, condiciona la formación del plexo de posibilidades reactivoafectivas del individuo, o, lo que es lo mismo, su carácter¹- con una congerie de estímulos, sociológicos, espirituales, e incluso económicos y lúdicos, hasta el extremo de que resulta imposible parangonarla con otros impulsos o funciones humanos. De que en caso alguno pueda lo sexual reputarse una pulsión biológico emotiva de tipo simple, elemental, cabe apercibirse en la relación de la sexualidad con lo **(p. 203)** erótico. Aunque es perfectamente factible explicar éste como “sexualidad sublimada”, nadie lo reducirá de buena gana a aquélla, pues ninguno de nosotros “querrá renunciar al velo encantado que hila lo erótico sobre los hechos toscos de la sexualidad, a la modificación que la sexualidad experimenta merced a lo erótico”². De ahí que exponer estos delitos sometiéndolos a un férreo condicionamiento según el apetito sexual, sería obra del mismo talante simplificador que aniquila lo irrepetible y singular de todo ese cuadro de individualidades

¹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, 1990, cfr. p. 169 y s.; véase también GUZMÁN DALBORA, 1998, p. 35.

² RADBRUCH, p. 9. Algo semejante podría predicarse de ciertas formas de coquetería en el juego amoroso.

concretas en que dicho impulso vive y opera, y que, sin embargo, nada tienen que ver con el trato carnal, cual sucede en el arte, la literatura y el deporte, sin descartar la vocación con que cada cual abraza un derrotero u otro para encaminar su vida; un expediente de comodidad que, en el terreno delictivo, olvida que no sólo la violación, el estupro y las restantes formas de trato carnal ilícito, sino asimismo el hurto, las lesiones, el homicidio y otros muchos delitos pueden estar determinados por el afán de conceder alguna suerte de satisfacción a la libido³.

Menos claridad arroja la expresión que preterimos por el lado del objeto material de las actividades correspondientes. Que las que nombra tengan esta vez que incidir en los órganos sexuales externos ha sido -si falta hubiese de recordarlo- siempre desmentido por la antigua figura de los abusos deshonestos y la riquísima casuística, heredada de la carencia de autonomía del delito y el polimorfo aspecto de aquellos en que estuvo confundido durante el Derecho común⁴, de movimientos inverecundos que caben a su abrigo, por no mencionar las también múltiples posibilidades fácticas de corromper sexualmente a un menor que ni por asomo requieren roce, contacto u afectación fisiológicos, no ya de los genitales del paciente, sino de porción alguna de su cuerpo. Esto, abstracción hecha de que parámetros en los órganos, por importantes que éstos sean en la economía física o psíquica individual, al efecto de introducir divisiones ordenadoras entre los delitos, daría pie a categorías absurdas, como la de unos hurtos o robos estomacales, sólo porque el hambre fue el estímulo de la apropiación o porque el agente la aseguró golpeando a su víctima en el diafragma⁵.

(p. 204) Por lo demás, nunca ha sido buen procedimiento agrupar los delitos siguiendo sus móviles determinantes o su objeto material. Las motivaciones poseen por lo común un subido valor criminológico y, sin embargo, una importancia dogmática muy relativa o, en todo caso, subordinada a criterios ordenadores de mayor categoría. El modesto rendimiento especulativo de sistemas inspirados en ellas, como el de

³ Le sobra razón a WELZEL, 1969, p. 431, cuando advierte que los límites de estas infracciones son difíciles de trazar, ya que muy diferentes clases de tipos delictivos pueden tener pliegues sexuales: "piénsese en las lesiones sádicas, el asesinato sexual, el hurto fetichista.

⁴ BASCUÑÁN VALDÉS, p. 30 y ss.

⁵ Véanse las atildadas ironías que en este sentido compone LÓPEZ-REY Y ARROJO, p. 244.

Sauer⁶, obedece a la antes indicada polivalencia sistemática de los móviles y la consiguiente paradoja de que ilícitos muy heterogéneos pueden responder a idéntico motivo -v. gr., la estafa y el favorecimiento de la prostitución, que en ambos domina el móvil de lucro-, así como sucede que impulsos diferentes estén tras un mismo delito. Otro tanto es dable afirmar del objeto material, una útil pauta subclasificatoria cuya índole fáctica, empero, impide asignarle otro valor que ése, el de una herramienta metodológica auxiliar.

En consecuencia, si el clisé *delitos sexuales* nada denota que pueda ser aprehendido racionalmente, menos podrá ostentar valor ni pretextar sitio en la dogmática punitiva, que no puede trabajar uncida a “esencias” y materias monolíticas, impenetrables para el análisis y cuya única llave maestra es la captación intuitiva⁷. La ciencia haría bien, mejor dicho, cumpliría con su deber abandonándolas al lenguaje coloquial y al solaz despreocupado de los sueltos de domingo. Sustentamos este punto de vista en la firme convicción de que, lo mismo en el segmento que nos interesa examinar que en todos los que dan forma a la dolorosa disciplina de los delitos y las penas, hay que tomar distancia de las nomenclaturas equívocas, porque pueden seducir con rumbos serpentinados al estudioso y, en especial, a quien el desvelo intelectual de éste debe iluminar y servir, el juez, y complicar la inteligencia de antes que, al contrario, exigen meditada y cuidadosa reconstrucción.

II. EL PROBLEMA DEL OBJETO JURÍDICO DE ESTOS DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

Ahora bien, al agrupar y distribuir los delitos conforme al bien que ofenden y su titular, que es el temperamento dominante hace décadas en la doctrina y el único que cuadra a una Jurisprudencia de los valores, tropezamos con el serio obstáculo de precisar cuál es el objeto jurídico genérico que conviene a las infracciones en cuestión, admitido que exista alguno al que respondan en definitiva todos (**p. 205**) los elementos que constituyen la categoría. La ingente producción bibliográfica disponible sobre el particular torna innecesario que entremos ahora en sus notas

⁶ SAUER, cfr. p. 7 y ss. En páginas 8 y 9 califica los atentados contra la honestidad como ejemplos característicos de delitos por debilidad e impulsivos, en los que “el autor obra u (a menudo) omite por inconsistencia íntima, y sigue, ciego, un impulso”, pero luego (p. 566) prefiere llamarlos *Sexualdelikte*.

⁷ La que el texto combate no lidera el reino de lo inextricable; falta otra, la de *Derecho penal sexual*.

pormenores⁸. Comoquiera que sea, profundas y macizas modificaciones incorporadas a diversos Códigos en el panorama comparado concedieron hace rato a la libertad sexual, sobre las restantes teorías, la ventaja de unas renovadas rúbricas legales, la alteración de la substancia de ciertos delitos y la supresión o introducción de otros. Además, hacia tal interés y la dúplice proyección de sus exigencias teleológicas, es decir, la autodeterminación del adulto en el plano del sexo y el desarrollo sexual inalterado de los menores, convergen, en lo esencial, tanto el parecer mayoritario de los criminalistas, como el no disimulado designio políticocriminal, en las innovaciones que comentan, de materializar con éstas la mudanza de las concepciones dominantes dentro del tejido social y la correlativa eliminación del tradicional sesgo moralizador que ostentaba la intervención represiva del Estado en orden al trato carnal y sus epifenómenos⁹.

Como impertinente resulta aludir aquí a toda esa verdadera filigrana de dificultades teóricas que plantea la libertad, desde el magno problema de reducirla a un concepto hasta la identificación de aquellas de sus flexiones que se muestran aptas para la tutela jurídica¹⁰, así también hacemos gracia al lector de detenernos en los no menos discutidos contenido y caracterización de esa especie suya que apostrofamos en virtud de su traducción en esta zona del obrar humano. En cualquier caso y al tenor de la *communis opinio*, tal parece que hay que entender por la especie nombrada, *la facultad del individuo de gobernar su vida sexual, es decir, de conducirla de acuerdo con sus propios deseos e inclinaciones, ya en lo que respecta al tipo de vinculación o trato carnales que establezca con otros, ya en lo que concierne al recipiendario o partenaire de aquéllos, y de oponerse a la intervención ajena que pretenda imponerle actuaciones que no quiera, pero, en uno y otro caso, respetando el ejercicio de la paralela libertad en los demás*¹¹. Con lo cual, quedan de **(p. 206)** manifiesto la

⁸ Remito, ante todo, a MANFREDINI, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Delitti contro la famiglia* y SCHROEDER.

⁹ Véase, por todos, STRATENWERTH, 1995, tomo I, p. 137 y s.

¹⁰ Una síntesis del desarrollo del tema y nuestra opinión, en GUZMÁN DALBORA 1999, p. 122 y ss.

¹¹ "Facultad o derecho del individuo a disponer sexualmente de su cuerpo o a oponerse al constreñimiento de otro en cuanto a la realización de actos sexuales". CARMONA, 1981, p. 43. "El derecho a la libertad sexual [...] tiene un contenido doble, positivo y negativo [...] El primero puede definirse, conforme DE CUPIS propone, como el derecho a desarrollar libremente las cualidades y facultades sexuales propias; el segundo, viceversa, podría definirse como el derecho a pretender que

naturaleza individual de este interés y el carácter eminentemente disponible de su objeto para el titular¹²; afirmar otra cosa, equivaldría lisa y llanamente a comprometer la índole autárquica de la libertad -pues, al negarse la esencialísima nota en una de sus ramas, la desconocemos por igual en la raíz- entre los bienes que tienen como fulcro la persona humana.

Sin embargo, en la serie de disposiciones que el Código chileno destinó al asunto, junto a las demás que el título correspondiente supedita -el séptimo del libro II: "*crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*"- ha habido graves y quizá insuperables impedimentos para adscribir su *telos* o finalidad regulativa a la libertad sexual, al margen de lo que efectivamente se dé en otros cuerpos punitivos y haya de opinar el dogmático de cara a éstos. Las razones que abonan el aserto, en gran parte vinculadas al Código español de 1848-50, fuente de casi todos los preceptos, y, en medida menor, oriundas del texto chileno, están a la vista¹³.

En primer lugar, el régimen de la violación¹⁴, porque, al menos en las variedades impropias del delito, la voluntad del sujeto pasivo no cuenta en

otro no agrede el propio cuerpo para hacerlo objeto de manifestaciones de la libido". LEMME, p. 555. La libertad sexual, en su doble faceta de autodeterminación o disposición libre de la potencialidad sexual y del derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual, es el bien que estos delitos tutelan, piensa DÍEZ RIPOLLÉS, 1985.

¹² PETRONE, p. 65.

¹³ Digamos de pasada que ni por un instante los razonamientos siguientes buscan apoyo en el epígrafe del título VII y su referencia a la *moralidad pública*, un *quid* por entero ajeno al problema que nos ocupa. En la interpretación de las leyes penales, es más, de cualquier ley, el mérito cognoscitivo de sus rúbricas ha de contraerse a lo que éstas son, meros *elementos* de la tarea hermenéutica, y no es de sorprender que, con alguna frecuencia, denoten infielmente la voluntad de la norma que importa comprender. Claro es que al afirmar que esa voluntad no yace en las rúbricas que articulan el plan de un Código u otras leyes de cierta extensión, sino en la ley misma, entramos por puertas abiertas. Mas de ello resulta, también, que la subrogación del giro "delitos contra las buenas costumbres", "moralidad", etc., por los de "libertad sexual", "autodeterminación sexual", etc., operada en diferentes Códigos, no posee otro valor que el de un índice del bien o de los bienes realmente comprometidos.

¹⁴ "Artículo 361. *La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.- Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes: 1.º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2.º Cuando la mujer se halla privada de razón o de*

absoluto. (p. 207) Por lo pronto, esto vale respecto de los enajenados, o “privados de razón”, máxime cuando el coito con estos enfermos constituye invariablemente delito, pueda o no comprender la paciente el significado del acto o la aquiescencia que acaso le conceda y sin que importe el medio empleado por el agente para lograr la cópula. Lo propio acredita la hipótesis de una mujer privada de sentido al momento de sufrir la acción típica, si bien en la última cláusula del número 2 del artículo 361 aparecen con evidencia aún más rotunda las bases falsas de la repulsa que la fantasía del legislador supone en la víctima, conforme al anticuado adagio *qui velle non potuit, noluit* y la raquíca doctrina de la fuerza presunta¹⁵. Que, en seguida, halle la libertad sexual parecido ambiente hostil en la violación de impúberes, apenas si merece expresarse. Dado que la ley entiende, según un presupuesto imposible de contradecir, que la víctima no dispone de la madurez psíquica indispensable para comprender el significado y las consecuencias del ayuntamiento, es que entonces carece de la capacidad de aceptarlo válidamente y, por ende, de libertad sexual. La aporía vuelve a asomar su incómoda estampa a propósito de la corrupción de menores de edad, incluidos, por cierto, los jóvenes adultos¹⁶. Más adelante volveremos sobre este problema, a un tiempo frágil y espinoso, de la tutela de la sexualidad en infantes y jóvenes, y se hará hincapié en la forma en que al respecto los secuaces de la libertad sexual,

sentido por cualquier causa. 3.º Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.- En el caso del número 3.º del inciso anterior, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo”.

De aquí en adelante transcribimos las disposiciones del Código, las nuevas y las derogadas o substituidas, cada vez que la comodidad del lector lo indique oportuno.

¹⁵ “De que no haya capacidad, de que falte el consentimiento válido, no se desprende la existencia de una voluntad contraria y opuesta al yacimiento -subraya GONZÁLEZ RUS, 1982, p. 720-, siguiendo a SÁINZ CANTERO-; lo que ocurre es más bien todo lo contrario. En gran número de supuestos, especialmente de mujer privada de razón, la falta de frenos inhibitorios hacen aflorar en su más cruda y urgente necesidad los apetitos sexuales, que quieren ser satisfechos; de manera que del presupuesto hay que deducir justamente lo contrario de lo que se propone: que lejos de existir una voluntad que niega el yacimiento, que puede haberla, en bastantes hipótesis lo que se encuentra es una disposición completamente favorable al acceso”. Véase además, GUZMÁN DALBORA, 1982.

¹⁶ “Artículo 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”.*

por no dar el brazo a torcer, han fraguado un abanico de propuestas de valor cognoscitivo incierto, que, lejos de ilustrarlos, entenebrecen el bien involucrado, el carácter de su afectación y su genuino titular. Bástenos por ahora con hacer constar la barrera que la singular situación de estos individuos (**p. 208**) plantea al mínimo común denominador que se apetece, en el sincero reconocimiento de Arzt y Weber, cuando escriben que bajo la leyenda *"hechos punibles contra la autodeterminación sexual"*, incorporada al Código de su país tras la reforma de 23 de noviembre de 1973, la ley protege en realidad muy diferentes bienes jurídicos¹⁷.

Por otra parte, así en Chile como en los países que la preservaron del Derecho común, constituye argumento decisivo en contra de la libertad sexual la represión de la sodomía. Dejemos de lado la conclusión, a mi entender no objetable, de que el ayuntamiento carnal entre varones mayores de edad¹⁸, que han prestado con entera libertad su consentimiento a un concúbito que, por añadidura, se verifica en perfecta reserva y al abrigo de cualquier mirada indiscreta, es un acto lícito ante los ojos de todos los ordenamientos de nuestra cultura jurídica, y que, de consiguiente, la inclusión de tales prácticas en el catálogo de figuras delictuosas desprecia abiertamente el *nullum crimen sine iniuria*. Pues lo que urge subrayar es que allí donde se prohíba y castigue, vedando al individuo la posibilidad de escoger, sin más trabas que la voluntad de quien elija y el respeto de la moralidad pública y las buenas costumbres referidas a lo sexual, su compañía en el coito, la sodomía será un radical mentís de la libertad sexual. Y este ha sido desde la pasada centuria el caso de Chile.

¹⁷ ARZT / WEBER, 1983, tomo II, cfr. p. 148.

¹⁸ "Artículo 365 [párrafo primero]. *El procesado por el delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio*". Dícese varones, por cuanto el ámbito del tipo, que no procede de las fuentes habituales del Código, ni la española de 1848 ni la belga de 1867, fue sometido a una doble y sucesiva restricción, primero, por obra de la Comisión que lo redactó, que excluye la sodomía *ratione generis* durante la septuagésimo primera de sus sesiones (DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, 1974, cfr. p. 386), y, más tarde, por la jurisprudencia, que segrega el lesbianismo y todas las prácticas de pederastia distintas de la cópula anal (cfr. LABATUT GLENA, tomo II, p. 142). Si se piensa que "la inclinación lésbica es uno de aquellos secretos que sólo sirven a la afirmación de sí mismo, uno de los más protegidos, sobre todo porque ofende [...] la dignidad personal del macho", es fácil entender que "en la mayoría de los países civilizados las prácticas lésbicas son pasadas por alto por las leyes" (VON HENTIG, p. 13 y 15). Según se ve, el silencio cómplice se dio también en Chile.

En fin, durante los últimos años un nuevo motivo de convicción vino a reforzar la ya fundada sospecha sobre la libertad sexual y su régimen en el Código. Aludimos al delito de promoción o facilitación de la prostitución, agregado a éste en 1995, y al que distintas legislaciones que se han abierto a una represión más capilar de las actividades correspondientes, antes de exclusiva incidencia (**p. 209**) sobre individuos menores de edad, asignan el nombre de *trata de personas*¹⁹, en reemplazo del inveterado de trata de blancas. Más allá de que estilo lingüístico y técnica dejen mucho que desear en su versión vernácula²⁰, la infracción no parece orientada a salvaguardar la libertad de una “víctima” que es mayor de edad, en la forma básica del delito y casi todas las calificadas, y que acepta sin presiones, en la primera y dos de las segundas, la inducción o cooperación ajenas en orden a entrar al país o salir de él con miras a la práctica de la prostitución. Expresado en términos diferentes: mientras el Derecho penal extranjero acostumbra exigir medios (fuerza, intimidación, engaño, etc.) o situaciones (de necesidad o desamparo) especiales, de los que el delincuente debe servirse o, en su caso, aprovecharse para determinarlo al efecto, y, en tales circunstancias, resulta plausible que los preceptos correlativos tutelén la libertad del paciente, incluida su autodeterminación sexual, en punto a poder decidir si quiere o no engrosar las filas de la prostitución internacional o mantenerse en ellas²¹, ¿de qué libertad habrá que discurrir allí donde tampoco hay sujetos que sufran la intervención de otro ni son, por lo mismo, sus víctimas? Muy por la inversa, y parafraseando la censura que merecen a Stratenwerth las recientes

¹⁹ V. gr., los Códigos alemán (§§ 180, b, y 181), suizo (artículo 196), austríaco (§ 217), portugués (art. 217), paraguay (art. 129), la Ley italiana número 75, de 20 de febrero de 1958 (art. 3, 6), etc.

²⁰ “Artículo 367 bis. *“El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.- No obstante, se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior [esto es, las de la corrupción de menores] en los siguientes casos: 1.º Si la víctima es menor de edad. 2.º Si se ejerce violencia o intimidación. 3.º Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza. 4.º Si el autor fuere ascendiente, descendiente, marido, hermano, tutor, curador o encargado de la educación de la víctima. 5.º Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima. 6.º Si existe habitualidad en la conducta de la víctima”.* Casi idéntico, el artículo 127 bis del Código argentino, recién modificado “en lo relativo a los delitos contra la integridad sexual”, por la Ley 25.087, de 14 de mayo de 1999.

²¹ SCHÖNKE/SCHRÖDER, 1997, cfr. p. 1320 (LENCKNER).

disposiciones del Código suizo, debería hablarse de trata de personas, conforme la propia noción insinúa, únicamente cuando el delincuente dispone de ellas -porque no están prevenidas o informadas sobre el objeto que el designio del autor les destina, o de algún otro modo son incapaces de resistirse- cual si de cosas se tratase²². Tomando en cuenta, pues, que “sólo la trata en contra de la voluntad (p. 210) de una persona informada con veracidad puede ser penalizada como ataque a un bien jurídico”²³, el concepto que el texto nacional transparenta, es decir, una vulneración de la libertad sexual en individuos que admitieron transitar las fronteras chilenas para asentarse allende o aquende en nuevo burdel, equivale a la cuadratura del círculo, sin mengua de que el espíritu moralizante del precepto sobrepasa, a nuestro juicio, los requerimientos de un régimen *abolicionista* correctamente concebido de la prostitución²⁴.

²² STRATENWERTH, cfr. p. 174 y s. Pensamos que las normas internacionales sobre la prohibición del deplorable comercio concuerdan con esta certera advertencia. Si bien el *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, acordado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949 y vigente desde el 28 de julio de 1951, obliga a las partes a castigar a quienes promuevan, induzcan o exploten la prostitución, *aun con el consentimiento de la persona afectada* (artículo 1) -a diferencia de la *Convención internacional relativa a la represión de la trata de blancas*, ajustada en París el 4 de mayo de 1910 y ratificada por Chile el 18 de junio de 1935, cuyos artículos 1 y 2 diferenciaron los casos de mujeres y niñas menores, por un lado, y de mujeres adultas, por otro, pidiendo preceptivamente y sólo para el segundo el uso de fraude, violencia, amenazas, abuso de autoridad o “cualquier otro medio de sujeción”-, el fin que inspira varias de sus disposiciones y, a la postre, su imagen global, es, ante todo, prevenir estas prácticas mediante un adecuado régimen de *información* a sus víctimas propiciatorias y de asistencia a quienes ya las hubiesen padecido (véase, en especial, el artículo 17).

²³ TRECHSEL, 1997, p. 732. Como STRATENWERTH, este autor critica los dilatados contornos del artículo 196 (*Menschenhandel*) del texto helvético, que, luego de la substantiva reforma de 21 de junio de 1991, endereza la descripción típica para atrapar en ella a quienes practiquen o preparen la trata de personas con el fin de favorecer la lascivia ajena. Un reproche análogo dirige LUIZ LUISI, cfr. 1988, p. 235, a la nueva Parte especial que se propone para el Código brasileño: “*entre maiores a prática é simplesmente imoral*”

²⁴ Porque si el sistema abolicionista “libera a la prostituta de sus explotadores [...] y la deja libre, sin más obligaciones que la de tratarse si está enferma y la de respetar el decoro público”, y “reclama, como inherente a su esencia, el castigo de los tratantes de blancas, proxenetas y rufianes [...], toda esa fauna repugnante que vive del cuerpo de la infeliz prostituta” (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1984, p. 58, 86 y 87), lo hace para proteger una voluntad disminuida ante sus merodeadores, no para burlar

Aunque estas consideraciones presten al cabo magro tributo a la afirmación de la libertad sexual, todavía resta a sus partidarios un derrotero intermedio para circunnavegarlas y retrotraer el núcleo del tema al punto de partida. *Servata distantia* de los aspectos que ya desde su reforma en 1989 vienen alejando progresivamente al Código español del vástago americano, puede invocarse en este sentido la opinión que desarrolla Muñoz Conde en sus sugestivas observaciones propedéuticas al título VIII (*delitos contra la libertad sexual*), libro II, del texto ibérico en vigencia. Este autor enfoca el problema desde una libertad sexual matizada con connotaciones axiológicas sobreañadidas a la libertad propiamente dicha (p. 211) y que los tipos delictivos dejan entrever. Ellas -explica- solicitan el interés del intérprete, primero, en el sesgo que adquiere el bien jurídico en los supuestos de pacientes menores o enajenados -porque, "si algo caracteriza a las personas que se encuentran en esa situación [...], es carecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual"-, y, sucesivamente, en el significado de ciertas exigencias legales, cual lo *obsceno* en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, o la expresión *atentado contra la libertad sexual*, en los de agresiones y abusos sexuales, para cuya comprobación un simple juicio de hecho se muestra no idóneo y hay que articular juicios en que el acontecimiento fáctico sea examinado al calor de una norma y *comprendido* por su virtud, todo lo cual "pone de relieve que el legislador no ha querido prescindir de criterios culturales o sociales impregnados de contenidos morales". En lo anterior apoya Muñoz Conde la conclusión a que arriba, o sea, que "la libertad sexual debe, [...] para ser entendida como bien jurídico autónomo, situarse en un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas en sus relaciones con otras personas. A este contexto valorativo se le podría llamar también 'moral sexual', entendiéndola como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas, sin que esto signifique tampoco que sea la moral sexual el bien jurídico protegido en esta materia"²⁵.

Queda así trazado un paralelismo notable entre esta más circunspecta defensa de la libertad sexual como el eje de la tutela en la presente categoría de delitos, y el perfeccionado concepto que llegó a exhibir la honestidad dentro de la propia doctrina española antes de la supresión del

la máxima *beneficia non obtruduntur* y convertir al Estado en mentor de la felicidad individual.

²⁵ MUÑOZ CONDE, 1996, p. 176-181.

epígrafe en 1989²⁶. Ahora bien, desde la perspectiva teórica y la reconstrucción abstracta de la categoría según el Código chileno, la coincidencia está ampliamente justificada. Puesto que hemos descartado, en su pureza, la libertad sexual del sentido teleológico distintivo del grupo, únicamente la honestidad puede ministrar el ingrediente común a las partes singulares que lo componen y dar unidad sistemática al todo²⁷. Por honestidad entendemos la *facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valora (p. 212) ciones dominantes*²⁸. En lo que tiene de poder jurídico de disposición, las semejanzas con la libertad son notorias. Al igual que en ésta, la ley acude en defensa de la honestidad sólo cuando un tercero pretende imponer al derechohabiente actos que, de su parte, no desea, y, por lo mismo, el consentimiento que válidamente les dé debe surtir un amplio efecto desincriminante. Mas las expresiones interindividuales de tal facultad están subordinadas a límites y condicionamientos que la norma de cultura referida a lo sexual dicta, y que son cualitativa y cuantitativamente *distintos* de aquellos que afectan a las diferentes especies de la libertad²⁹. La cultura que informa al ordenamiento chileno los señala por doquier: en el trato carnal con enajenados; en la esfera de libertad que niega, limita o deja a niños y jóvenes, e incluso en la medida con que el juez ha de comprobar la juridicidad o ilicitud de un acto cuya tendencia ofensiva de la honestidad de otro esté en controversia. Todo el régimen de estos delitos ha sido, desde 1875, el precipuo cauce jurídico formal de los índices culturales de aprobación o reprobación que zanzan en la comunidad ese juego a menudo equívoco y en pugna de significados sociales a que se reduce en definitiva lo sexual en la vida de relación. Una y otra vez aparecen, con su poderosa carga de valor, criterios y restricciones en el

²⁶ Nos referimos a RODRÍGUEZ DEVESA, p. 170, quien define la honestidad como "aquella parte del orden moral que limita, por razones éticas, las manifestaciones del instinto sexual contrarias a una pacífica convivencia dentro de una colectividad".

²⁷ Ésta es, asimismo, la opinión de mi maestro, RIVACOBIA Y RIVACOBIA., p. 55-59.

²⁸ En sentir de Soler, 1987, tomo III, p. 294, "*una exigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales*".

²⁹ Lo que explica que de las dos formas genéricas de atentar contra la libertad - impedir al paciente que actúe en un determinado sentido o constreñirlo a obrar en un sentido dado-, a los delitos contra la honestidad incumba sólo el constreñimiento, no la impedición, y que, pongo por caso, mientras en la substracción de menores quien tenga la tuición del niño puede disponer de su libertad ambulatoria, nadie, ni siquiera los padres, podría autorizarlo para que tenga relaciones sexuales o se corrompa.

Derecho positivo, de lo que son paradigma esos elementos típicos de signo *empírico cultural* que el Código recibió de su fontana europea y de los que hizo manirrota aplicación, como la *buena* o *mala fama* de la mujer en el rapto, su *doncelléz* en el estupro, lo *deshonesto* de los abusos del artículo 366 y la idea de *corrupción* del menor en el artículo 367³⁰. Ciertamente **(p. 213)** que dichos elementos deben ser entendidos y manejados al tenor de las transformaciones que día a día fueron modelando el ambiente de cultura que traducen, y así, *v. gr.*, las posibilidades actuales de corromper a un menor, habida cuenta de los progresos en la educación sexual de los niños y aun la información que de todos lados fluye a raudales sobre sus mentes, son más reducidas que las de la época en que el Código fue promulgado, y el espectro de la *mala fama* del adulto se circunscribe, en las valoraciones hace rato prevalecientes, nada más que al individuo prostituido, es decir, a un círculo de radio bastante menor que el de otrora. En síntesis, la honestidad de ayer no es la de hoy, porque la cultura chilena, *pari passu* a la del mundo occidental, ha modificado sus juicios respecto del comportamiento en la esfera del sexo. Y el cambio debe orientar la interpretación de las leyes, flexibilizando de tal guisa su vigencia empírica y adecuando las normas, en las conductas que permiten o interdicen, a las necesidades del presente. Pero esta consideración, lejos de poner en entredicho la doctrina que prohijamos sobre el pulso teleológico que acusó el Código por luengas décadas en la materia, dota

³⁰ “Artículo 358. *El rapto de una mujer de buena fama ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, será penado con presidio menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo. Cuando no gozare de buena fama, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados.- En todo caso, se impondrá la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la raptada fuere menor de doce años.*” “Artículo 359. *El rapto de una doncella menor de dieciocho y mayor de doce años, ejecutado con su anuencia, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.*” “Artículo 360. *Los procesados por delito de rapto que no dieran razón del paradero de la persona robada, o explicaciones satisfactorias sobre su muerte o desaparición, incurrirán en la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.*” “Artículo 363. *El estupro de una doncella, mayor de doce años y menor de dieciocho, interviniendo engaño, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.*” “Artículo 366. *El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y 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.*” Para el artículo 367, *cf. supra*, nota 16.

de redoblada energía su pertinencia. E importa sobremanera destacarlo, aunque fuere en su hora aciaga.

III. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA DE 1999

a. Prolegómenos

De la copiosa batería de puntos inquietantes y preguntas abiertas que plantea al estudioso la Ley 19.617, publicada en el *Diario oficial* de 12 de julio de 1999 y que *‘modifica el Código penal, el Código de procedimiento penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación’*, precisamente la *mens legis* que anima a estos delitos, de acuerdo con su alterada factura en el Código, ocupa el primer lugar.

El vuelco desde la honestidad hacia la libertad sexual es palmario, al menos en las intenciones que manifiesta y los hitos sobresalientes de un proceso legislativo prolongado en exceso y cuyo origen se remonta -la fecha ahorra comen (p. 214) tarios- a 1993. Que en éste el bien jurídico figure a veces como una “libertad de autodeterminación sexual”³¹, no empaña lo señalado ni debe mover a confusiones, porque el pueril pleonasma (huelga recordar que la esencia de la autodeterminación del hombre radica en la indiferencia interior o libertad de su voluntad), calcado del giro *Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung*, caro a parte de la doctrina penal germana³², es apenas uno de esos tantos deslices y dislates de calibre variable, esto es, graduado a la importancia de la ocasión, que la peculiar técnica del legislador actual se empecina en obsequiar a la democracia chilena³³. Téngaselo, pues, por no escrito.

Pero una cosa son las intenciones de la autoridad legislativa, y otra, muy distinta, que la voluntad de la ley sancionada les preste objetivo respaldo. La representación general de este paraje del Código y la decantación de su substancia prescriptiva durante ciento veinticinco años de vigencia, confrontadas con los ademanes radicales de la reforma en comentario y el crecido número de disposiciones en que ésta hace impacto, impiden formular una opinión fundada sin que antes se aborde detenidamente cada delito en particular y sus penalidades. Por otra parte, determinar el bien jurídico que hace a éste o cualquier grupo homogéneo de maleficios

³¹ Véase al respecto y muy especialmente el veto aditivo formulado por el Gobierno el día 25 de enero de 1999, en el *Boletín de la Cámara de Diputados de Chile*, número 1048-07. Del lamentable episodio se hará mérito más adelante.

³² Entre otros, GÖSSEL, tomo I, 1987, p. 261.

³³ Cfr. GUZMÁN DALBORA, 1996, p. 43-65.

demanda siempre el examen más cuidadoso del injusto típico específico, o sea, las modalidades peculiares que asuma la ofensa, para otros efectos sólo genérica, en las infracciones singularmente consideradas; por consiguiente, adentrarse en sus núcleos, sujetos, medios ejecutivos y todas las demás características que debe reunir un acto para que de él dimane una enérgica sospecha de antijuridicidad.

Naturalmente, una empresa de tales dimensiones excede con mucho el circunscrito propósito de estas cuartillas. Las innovaciones son tantas y algunas de calado tan hondo, que deberían ser desarrolladas, una por vez, acaso con ambición monográfica. En la imposibilidad material de referirnos circunstanciadamente a la armadura y el temple que la ley modificativa imprime a cada delito y las puniciones, bien que persuadidos de que cuanto sigue quizá muestre al lector aquello que del contenido asignado a los párrafos quinto (“*de la violación*”), sexto (“*del estupro y (p. 215) otros delitos sexuales*”)³⁴ y séptimo (“*disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores*”) del título VII puede estimarse neurálgico, hemos de contraernos a un reducido número de aspectos y problemas. No obstante, y dentro de sus posibilidades, guía esta enunciación el horizonte de tomar nueva familiaridad con la materia protegida. Además, en la espera de que la doctrina nacional ponga manos en la totalidad de las aristas del argumento, queremos suponer que nuestra exposición tal vez aproveche, como mero punto de referencia, a quienes luego lo profundicen y, en general, al lector interesado por estos temas.

b. Los delitos

Comencemos por la *violación*, que es sin duda el más grave y representativo del grupo. Ha sido disgregada en dos disposiciones³⁵, por

³⁴ De situarnos en la óptica de los rapsodas chilenos del término “delitos sexuales”, incorporado a este rótulo, no nos atreveríamos, empero, a enajenarle ¡nada menos que la violación!

³⁵ “Artículo 361. *La violación será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.- Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de doce años, en alguno de los casos siguientes: 1.º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2.º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia. 3.º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima*”. “Artículo 362.- *El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de doce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior*”.

modo de destacar separadamente los supuestos de pacientes impúberes, técnica que el legislador reitera a propósito de otros delitos. En lo que a sus especies concierne, no hay cambios en la modalidad real, salvo el gran acierto de haberse suprimido la ficción de consumación que el artículo 362, en su antiguo tenor (“*los delitos de que trata este párrafo se consideran consumados desde que hay principio de ejecución*”), consultaba para el caso de que el agente hubiera realizado las actividades instrumentalmente requeridas por el núcleo típico -esto es, forzar o intimidar al sujeto pasivo- sin conseguir aún la cópula³⁶. La equiparación de tentativa y consumación dio vida a uno de los peores defectos de la vieja disciplina legal, porque comportaba una invitación directa a consumir el delito, criminógena secuela que existe cada vez que se desvalora del mismo modo entidades que (p. 216) demandan una reprobación diferenciada³⁷. Dignas de plácemes son, asimismo, las modificaciones ajustadas en la violación presunta, sobre todo la mejorada fórmula del *abuso* de la *enajenación* o *trastorno mental* de la víctima. Respecto de los enajenados, “es opinión común que [...] deben poder conducir una vida en lo posible normal, lejos de la imagen tradicional que los representa como seres ‘asexuados’, asentando más bien los límites de su tutela penal en la incapacidad *concreta* y autónoma de autodeterminarse para cumplir el acto sexual”³⁸. A esta idea responden el medio típico del abuso y la correspondiente exigencia de que el delincuente se prevalga de la ineptitud real del enfermo para comprender el alcance del acto que preténdese ejecutar sobre él, elementos que ponen a buen recaudo aquel margen de autodeterminación que con efecto posea y reconociéndose así la capacidad de dichos individuos en orden poder desarrollar una vida sexual, por limitada que fuere³⁹. Acompaña lo anterior la substitución de la cláusula *privada de razón* por la frase *enajenación o trastorno mental*, con el siguiente dúplice corolario: amplificativo, en la medida en que la

³⁶ Dado que satisface a ésta una penetración incluso parcial, según la teoría de la *immissio penis*, la frustración no podía ni se puede configurar, no sólo en la presente, sino en todas las variedades de violación.

³⁷ Pues el peligro de lesión propio del conato es cuantitativamente distinto del menoscabo efectivo del bien jurídico. De ahí la apremiante necesidad de expurgar las leyes punitivas de estas ficciones y hacer otro tanto con los institutos afines, como los delitos de *emprendimiento* (véase FONSECA, 1986). En el Código chileno hay numerosos y clamorosos ejemplos, primero entre todos, el que concierne al robo, en el artículo 450, párrafo uno.

³⁸ COLLI, 1997, p. 1179.

³⁹ Uno de los pocos méritos señalados en la reforma ibérica de 1989, fuente de la que nos ocupa. Cfr. COBO DEL ROSAL y otros, 1990, p. 626.

referencia a los enajenados comprende las alteraciones patológicas profundas de las funciones volitivas, amén de las intelectivas, mejor que lo que consentía la locución periclitada, y guarda ahora paralelismo con el círculo de inimputables del artículo 10, 1⁴⁰; y restrictivo, por cuanto la *privación de sentido* a que sigue aludiendo el precepto en su número 2 queda reducida a aquellos estados de inconsciencia no asimilables al trastorno mental transitorio, acepción que, parécenos, cuadra al segundo miembro de la frase. En fin, ha cobrado relevancia típica el *aprovechamiento de la incapacidad de la víctima para oponer resistencia*, incapacidad que si otros Códigos se cuidan de precisar, adjetivándola⁴¹, en el chileno no puede menos que reputarse como *física*, y se extiende desde los indivi (**p. 217**) duos atados por mano ajena al autor, hasta los parapléjicos, tetrapléjicos y, en general, quienes padezcan alguna enfermedad que haga ilusoria la oposición mecánicomuscular al designio del autor⁴².

Como antaño, sujeto activo puede ser sólo el hombre, el único dotado de la aptitud fisiológica para conjugar el verbo rector, del que en seguida se habla; sujeto pasivo, en cambio, cualquier persona, hombre o mujer, requerimiento que pone al Código en línea y sintonía con una tendencia absolutamente dominante en el extranjero y acaba con la absurda forma de sodomía del artículo 365, párrafos segundo y tercero⁴³. De suma importancia es la inteligencia del núcleo del tipo, ahora que la fórmula *acceder carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal* reemplaza el añoso y castizo *yacer*. Durante mucho tiempo pudo afirmarse en España que “en todas las modalidades de violación es elemento dinámico el de yacimiento

⁴⁰ Conforme a una interpretación progresiva que conviene en “otorgar a la expresión *razón* un sentido amplificado, entendiendo que implica también una alusión a las facultades volitivas que, con arreglo a su sentido natural y obvio, no abarca”. CURY URZÚA, 1985, tomo II, p. 37, nota 158; cfr., además, POLITOFF, 1997, p. 551 (véase nuestra recensión de este libro en la revista *Gaceta Jurídica*, cit., número 206, agosto de 1997, p. 239-244).

⁴¹ Los de Italia, artículo 609 *bis*, 2 (“*abusando de las condiciones de inferioridad física*”), y Alemania, § 179, 1, 2 (“*abuso de otro que sea físicamente incapaz de resistir*”), pueden servir de muestra.

⁴² Parecidamente, Soler, 1987, tomo III, p. 311, y ΟΠΠΟ, 1995, cfr. p. 334.

⁴³ Que no era sino una violación perpetrada sobre varones. “Únicamente en la mentalidad del legislador que modificó el Código, o en la de quienes lo asesoraron, y en la letra y la configuración de éste, una vez reformado por ellos, puede aparecer este desventurado inciso como un tipo calificado de sodomía, pues su acción es por completo diversa y la conformación del delito también difiere”. Manuel Rivacoba, 1981, p. 202.

o cópula carnal, al que no son asimilables, según constante doctrina científica y jurisprudencial, otros actos lascivos, ni siquiera el de *contra natura*⁴⁴. Y es verdad que, desde el punto de vista gramatical, conviene al término yacer la idea de la cópula vaginal. Pero no lo es menos que interpretaciones pergeñadas en diversos países, atentas a la consideración *fisiológica* de que ano y vagina poseen, ambos, “glándulas de evolución y proyección erógenas”⁴⁵, asimilaron hace rato aquel vaso - susceptible, pues, de ser excitado sexualmente- a ésta, ni que un imperativo de igualdad de hombres y mujeres ante la ley hizo necesario aclimatar esta teoría frente al ordenamiento chileno⁴⁶. *De lege lata*, refrenda esta equivalencia típica la mayor amplitud (**p. 218**) semántica del acceso carnal respecto del yacimiento, porque el acceso implica tener paso o entrada a algún lugar, y el adverbio que califica el acto, que es, a fin de cuentas, una penetración, tampoco lo reduce a la vagina⁴⁷. Esto no significa, empero, que podamos acompañar al Código cuando tiene por

⁴⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, 1958, tomo II (Parte especial), p. 231.

⁴⁵ NÚÑEZ, 1964, tomo IV, p. 249. En punto al antiguo Código español, cfr. RUIZ ANTÓN, 1990, p. 812.

⁴⁶ Con una exactitud que el insólito fallo de casación que la anuló no desmerece, la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua el 6 de abril de 1999, expresa: “*Considerar que la penetración vaginal configura un delito diferente de la anal, dadas ambas en la mujer y sobre el supuesto de que las dos sean violentas, y sostener que la primera constituye el grave delito de violación y la segunda el de abusos deshonestos, de mucha menor entidad, equivale a olvidar o desentenderse del hecho de que la penetración anal en el varón se encuentra sancionada en el Código penal chileno con una pena mucho más severa que la de los abusos deshonestos e idéntica a la de la violación; por lo cual, castigar tan distintamente una misma acción -el acceso violento por vía anal-, por la mera razón del diverso sexo del sujeto pasivo, representa una protección preferente del mismo bien jurídico para el masculino y una protección mucho menor, una verdadera falta de protección, en el femenino, y atenta así directamente contra el principio constitucional de la igualdad, debiéndose tener presente, acatar y aplicar la primacía de la Constitución sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico, incluidas las de los cuerpos codificados, es decir, en este caso, el Código penal*”.

⁴⁷ Por eso el agente tiene que ser varón. El sujeto debe *acceder*, no *ser accedido*. “Acceso -indica SOLER, tomo III, p. 308- quiere decir entrada o penetración y no <compenetración>. Quien tiene acceso es el que penetra”. De otra opinión, en España, Ruiz Antón, p. 812, para quien “la mujer que succiona el pene de un menor de doce años, con tendencia libidinosa, realiza el ayuntamiento o cópula oral, aunque propiamente ella no tiene acceso, sino que, de uno u otro modo, es penetrada sexualmente”. Léase una demoledora refutación de este criterio en BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO, 1991, tomo III, p. 200-204.

hipótesis alternativa a las anteriores formas de penetración la *fellatio in ore*. Tres consideraciones abonan nuestro rechazo. Ante todo, la de que el motivo fisiológico que se da en las primeras, igualándolas, falta en la cópula oral⁴⁸, y de ahí que la acción nos descubra su verdadero significado sólo desde la perspectiva del malhechor, quien se limita a escoger una de las múltiples modalidades de onanismo en que cabe usar como punto de contacto y fricción el cuerpo de otro; esto, sin que pueda importar el sentimiento de desagrado y aun de repugnancia que aqueje a la víctima, porque la ley no ampara, con el delito, su pudor personal⁴⁹. Por otra parte, es bien sabido que cuando el legislador equipara, a efectos de la penalidad, situaciones de gravedad disímil, sucede lo de siempre; y el descalabro valorativo que compone aquí, habida cuenta del linaje teleológico de estos ilícitos, (**p. 219**) resulta francamente acromegálico e insoportable: piénsese tan sólo que la introducción brutal de un objeto que semeje el miembro en la vagina o el ano del sujeto pasivo, e incluso un *cunnilingus* o *anilingus* cometido en su contra, se sancionan menos, como los abusos sexuales (artículo 366) que son, que masturbarse con sus labios. Pero así mueren en Chile cuatro romanos y cinco cartaginenses⁵⁰. Por fin, advierta el lector cómo el método lógico sistemático desmiente lo que la *littera* del artículo 361 perpetra. No seremos nosotros quienes escatimemos al nuevo artículo 372 *bis* (“*el que con ocasión de violación*

⁴⁸ Conforme, CREUS, 988, tomo I, p. 188, el cual, debido a la ausencia de propiedades erógenas, parangonables a las de ano y vagina, en la cavidad oral, acota que no puede darse aquí la significación sexual que el acto pide para los dos protagonistas. Digamos de paso que debió escribirse vía *oral*, y no vía *bucal*. Anatómicamente, la boca constituye una porción más amplia -cuyos límites son el paladar, el músculo milohioideo, las mejillas y la piel que las cubre, la cara cutánea de los labios y el istmo de las fauces- que la cavidad en ella incluida, o sea, la que interesa en esta sede y se llama oral. Cfr. TESTUT / JACOB, 1981, tomo I, p. 265-268. No parece factible penetrar las mejillas de nadie; no, al menos, con el glande. Estimo poco probable que se tuviese en mira aquellos pueblos indígenas que conservan entre sus costumbres la de practicar perforaciones rituales en mejillas y labios, luego susceptibles de ser penetradas, ya que la práctica es desconocida por las comunidades autóctonas de Chile.

⁴⁹ Algo dubitativo observa LÓPEZ-REY Y ARROJO, p. 135, que “la contaminación corpórea y moral de la víctima es asaz más grave en la *immissio in ore penis* que en un ayuntamiento carnal”; pero en seguida repone: “sin embargo, es también cierto que la *fellatio in ore* puede ser considerada una masturbación”.

⁵⁰ Por cierto, también en la patria de la “vía bucal”, donde “se ha producido una clara distorsión valorativa al equiparar el acceso carnal por vía vaginal o anal con el habido por vía bucal”. BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO, p. 204. Cfr. los artículos 429, párrafo segundo, del Código español derogado, y 179 del vigente.

cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. - El que con ocasión de violación por vía vaginal si la víctima fuere mujer o por vía anal si fuere hombre, cometiere además el homicidio del ofendido será castigado con la pena de presidio perpetuo a muerte) el mérito de exonerar al Código de la calificación por el resultado que en mala hora se le acopló⁵¹, mas de la simple lectura de las situaciones que discrimina y sus consecuencias coactivas resulta la mayor gravedad de las cópulas anal y vaginal frente a su pariente espurio -por si no bastara, éste, cuando la mujer ocupe el lugar de sujeto pasivo, comparte suerte con el coito anal, lo que rebaja la importancia del último-, es decir, un distingo teleológico completamente incongruente con las pretensiones omnicomprendivas del tipo básico. El ayuno técnico con que se buscó acomparar la reforma en palabra a los tratados internacionales que vinculan al país en materia de pena capital, coloca al dogmático frente a esta dura alternativa: o bien decidir que se está en presencia de una de esas contradicciones axiológicas, es decir, antinomias insolubles⁵² del ordenamiento, ante las cuales nada puede hacer aparte de denunciarlas, o bien proponer una interpretación teleológica y lógico sistemática por el método, y restrictiva por el resultado, que reduzca audazmente los términos del artículo 361 en la parte en que la ley *plus dixit quam voluit* y lo libre de su desdichada excrecencia⁵³.

(p. 220) Antes que resolver el *quid* de su antijuridicidad o licitud, la reforma complica con oscuros aditamentos el discutido tópico de la violación de la mujer por su marido. Apresurémonos en todo caso a significar lo inmoral de la conducta y que las valoraciones prevalecientes, si no los reprobaban, al menos entraron hace tiempo en tensión con constreñimientos del género dentro de las relaciones conyugales. Desde esta óptica, no hay inconveniente en subscribir los adjetivos que contra la franca atipicidad del acto en otros Códigos lanzan sus comentaristas, llamando *residuo patriarcal* e *intolerable* la impunidad de la coacción sexual sufrida por la

⁵¹ En la redacción que le dio el Decreto-ley 2.967, de 11 de diciembre de 1979, este artículo rezaba: "*el que con motivo u ocasión de violación o de sodomía causare, además, la muerte del ofendido será castigado con la pena de presidio perpetuo a muerte*". Severa crítica de la disposición, en RIVACOBA, p. 208-211.

⁵² BOVIO, 1987, cfr. p. 191.

⁵³ De admitirse esta propuesta, habrá que ensayar la restricción en los artículos 362 y 363, que también mencionan el coito oral.

mujer so pretexto de la cohabitación aneja al matrimonio⁵⁴. Ahora, que, según recuerda Bettiol, en los problemas jurídicos de este jaez sean siempre “las *normas de cultura*, más que las argumentaciones lógico formalistas, las que señalan el camino para llegar a la meta” de su esclarecimiento⁵⁵, es un principio exactísimo, subordinado, empero, al hecho de que la entidad estatal reconozca de algún modo, en su legislación, las demandas prescriptivas que fluyen del ambiente cultural de una comunidad dada. Y esto es justamente lo que se echa de ver en el ordenamiento chileno. Por modo que si el débito conyugal que éste consagra ha de poseer algún contenido jurídico -un derecho que no pueda ejercerse eficazmente, en la forma que le dicten su naturaleza y objeto, sería a lo sumo la caricatura de sí mismo- y mientras la obligación del concúbiteo entre los cónyuges no pierda tal característica, es inevitable concluir que el acto típico realizado por el marido está justificado, salvo los casos en que haya hecho uso de una violencia inaudita y aquellos en que la mujer puede negarse legítimamente al coito⁵⁶.

Pues bien, el artículo 369, al paso que conserva de la redacción anterior la índole mixta de la acción penal que nace de la violación y el estupro e incrementa el número de los delitos dependientes de instancia privada con los abusos sexuales (art. 366 y 366 *bis*) y la corrupción de menores (art. 366 *quater*) -antes de (p. 221) acción pública-, expresa: *“En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366, 1, en contra de aquel con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas: 1ª . Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2 o 3 del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida. 2ª . Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término*

⁵⁴ Así, GÖSSEL, cfr. p. 268. Hasta la reforma de 9 de mayo de 1996 los §§ 177 y 178 del Código alemán exigían que la coacción estuviese dirigida al coito o a acciones sexuales *extramatrimoniales*. La causa de atipicidad figura, asimismo, en los §§ 201 y 202 del Código austríaco.

⁵⁵ BETTIOL, 1966, tomo II, p. 591.

⁵⁶ Conformes, entre otros, FONTÁN BALESTRA, 1992, tomo V, cfr. p. 65-68; CUELLO CALÓN, 1961, tomo II (Parte especial), cfr. p. 510 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, p. 180 y s.; BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO, cfr. p. 213-215, etc. Es interesante poner de relieve el argumento que esgrime hoy, con valor decisivo, la doctrina española adversa a justificar al marido: que el ordenamiento peninsular ya no regula el débito conyugal. Cfr. ORTS BERENGUER, 1995, p. 66-69, y CARMONA, 1996, tomo I, p. 331.

al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados". El unánime reclamo política criminal de armonizar las consecuencias jurídicas de matrimonio y concubinato, tanto en estos delitos como en todos los que consulten calificaciones así determinadas por el sujeto activo, se funda en nuestros días en la paralela transformación con que el ordenamiento primario, o sea, el Derecho civil, se hizo eco de la innegable realidad social en que se dan estos vínculos y del hecho de que la cultura occidental no cuestiona en absoluto, hoy por hoy, a quienes prescinden de solemnizar el propio con el matrimonio⁵⁷. Vista desde este lado, la disposición marca un hito que aguarda ser extendido para que abarque varios extremos del Código, si bien, por ahora, el molde que lo insinúa resulta de una torpeza gramatical desconcertante⁵⁸. También muestra avances y retrocesos la segregación de la violación presunta respecto de la real. La primera pide con efecto un tratamiento diverso del que toca a la segunda, y la ley se lo otorga, siquiera cumpla recordar que los supuestos fácticos que pueden presentarse en la vida conyugal son y con mucho más ricos que los que imagina toda la filosofía del legislador⁵⁹. Pero lo último no autoriza para acuñar una cláusula tan inaprensible como la de que se abrirá procedimiento contra el marido o concubino, cuando la *gravedad* (¿cuál, a falta de violencia?) de la ofensa recomiende *imponer o ejecutar* la pena, auténtico acertijo que concede (p. 222) al juez poderes tiránicos sobre el reo y convierte al Estado en amo y señor de la libertad sexual de la mujer. Humanidad, intervención mínima y seguridad jurídica, los tres principios recomendaban renunciar a toda injerencia del *ius puniendi* y dejar hablar únicamente al juez civil en salvaguarda de los intereses de la mujer. Menos clara aún es la regla que afecta a la violación propiamente dicha, cuya antijuridicidad -eso sí- se hubiese establecido conforme a los

⁵⁷ En cambio, la juridicidad de la violación producida en la cohabitación extramatrimonial se razonaba otrora a partir de un principio diferente, el acuerdo habido entre concubinario y concubina de reunirse para vivir juntos y mantener trato carnal. LÓPEZ-REY Y ARROJO, cfr. p. 132.

⁵⁸ Es un craso error decir "conviviente", porque convivientes son cada uno de aquellos con quienes comúnmente se vive, no sólo la propia mujer, sino, según los casos, los hijos, padres, abuelos, amigos, allegados, etc. Menos se comprende el tautológico complemento "con quien hace vida en común". Sea de ello lo que fuere, estos pasajes son bien reveladores del descuido que presidió la redacción de la ley modificatoria. A propósito, ¿tan difícil es aplicar la palabra gramatical y jurídicamente indicada, *concubinario*?

⁵⁹ "Por ello, ninguna de las soluciones que la doctrina da en el momento actual puede adoptarse con carácter general", opinan BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO, p. 214.

principios que sentamos más arriba. La excelente orientación de que el requerimiento de la ofendida baste para poner fin al proceso, al punto se diluye ante la singular indumentaria con que el Estado comparece de nuevo en su papel de custodio de la libertad de la mujer y su idoneidad para el perdón. En verdad, la única posibilidad de impedir que estos “motivos fundados” se conviertan en el cadalso del legalismo penal y anular el regusto de *Derecho libre* que dejan en el intérprete, consiste en reducirlos a la presunción seria de que la voluntad de la requeriente está viciada por amenazas del marido o de terceros, sospecha que el juzgador habrá de investigar y despejar antes que cualquiera otra cosa en el proceso.

En la violación de impúberes seremos muy parcos, pues diferimos para ulterior plaza nuestra opinión sobre la red de interrogantes que gravita en torno a los menores y su sexualidad, lastimada con estos delitos. Nótese tan solo la contradicción legal entre los límites de edad fijados por los artículos 362 (“*persona menor de doce años*”) y 363 (“*persona menor de edad, pero mayor de doce años*”), que no dejan saber a ciencia cierta, para el arco de tiempo de sus doce años exactos, esto es, largos trescientos sesenta y cinco días, qué actuación antijurídica cometida en perjuicio del joven vendrá en consideración, si la violación, el estupro o... ¡ninguna! La época que, en nombre del progresismo penal, se ha hecho el deber de tirar a bulto contra el Código y de tacharlo de anticuado e insufrible, olvidó la palabra con que la ínclita redacción del artículo 361 tapaba cualquier intersticio entre violación y estupro. *Illo tempore*, cuando su augusta majestad decía al juez: “*menor de doce años cumplidos*”, las leyes penales, máxime las codificadas, se escribían con más perspicacia y detenimiento.

También el *estupro* ha sido profundamente alterado⁶⁰. En verdad, el delito requería una puesta al día incluso más apremiante que la propia violación. Por lo pronto, de sus múltiples formas conocidas en el Derecho histórico y

⁶⁰ “Artículo 363. *Será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad, pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1.º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno. 2.º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral. 3.º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima. 4.º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.*”

la legislación (**p. 223**) comparada (aun la fuente española), el Código rescató y mantuvo sólo la variedad fraudulenta⁶¹ -*el goce de una doncella conseguido por seducción*, en el clásico concepto de Pacheco-, que, si es objeto de serios reparos en un mundo en que la iniciación sexual se ha adelantado considerablemente y el mismo objeto sexual pierde cada vez más el tinte prohibitivo, decimonónico, que lo ocultaba poco ha al adolescente⁶², con mayor razón debía acrecentar su imagen vetusta e ineficaz, de letra muerta, en Chile, atendidas la limitación del delito a sujetos pasivos femeninos y la cualidad que en éstos exigió la ley. Y aunque la evolución empírico cultural de la noción de doncellez llegó a hacer coincidir su alcance con el que posee en los Códigos avanzados, o sea, la inexperiencia sexual de la joven⁶³, el problema de dar más acabada garantía al trato carnal consentido por los menores en general, adecuando la extensión de la tutela al mudado aspecto de los riesgos que hoy ciernen sobre estos sujetos, no perdió, hasta la reforma que comentamos, un ápice de su prolongada, vivísima vigencia.

Sin embargo, las formas de estupro que ahora se regula no están exentas de ripios, defectos y omisiones destinados a perturbar la eficacia de los preceptos correlativos. Estos inconvenientes surgen ya en la viciosa redacción impuesta al estupro fraudulento: *engañar, abusando de la inexperiencia o ignorancia sexual*. Hablando en términos abstractos y sin ceñirnos necesariamente al estupro, es, sí, del todo factible que un sujeto cualificado se prevalega del error preexistente en que incurrió quien, a su turno, ha debido ser advertido de la representación falaz por parte del primero; la mayoritaria admisión doctrinal de la forma omisiva en la estafa, lo demuestra. En cambio, no es tan sencillo imaginar que un individuo cualquiera engañe mediante abuso, porque es él quien tiene que suscitar el concepto errado. Engaño y abuso son medios ejecutivos que se mueven en planos distintos, y responden a situaciones diferentes: el que abusa versa en una situación dada de antemano, de la que recaba provecho (el estupro de prevalimiento, del que se habla a continuación, proporciona un ejemplo clarísimo); el que engaña crea una situación (**p. 224**) dando forma y contenido a lo que antes no existía. Su reunión copulativa en la expresión legal irá –parécenos– en desmedro del ámbito de aplicación que pretendió darse al delito. Además, tenemos por una endiablada la alternativa

⁶¹ Cfr. *supra*, nota 30.

⁶² Por eso, “se piensa que los jóvenes entre los doce y los dieciséis años, en una situación psicológica y educativa normal, no son susceptibles de llegar al acceso carnal por seducción o engaño...” BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO, p. 242.

⁶³ Conformes, CREUS, p. 208, y FONTÁN BALESTRA, p. 106.

inexperiencia o ignorancia. El conocimiento sexual involucra cogniciones que sólo se adquiere con la práctica. La inexperiencia sexual -enseña Creus- no importa desconocimiento de lo sexual, sino falta de experiencia en esta materia⁶⁴. De lo que se sigue que el paciente, si es inexperto, ignora, y si ignora, es inexperto. Bastaba, pues, el señalamiento de la inexperiencia para caracterizar esta expresión de vulnerabilidad en la víctima y su idoneidad para el delito.

Por su parte, el estupro de prevalimiento adopta tres formas. La primera es la tradicional de *abusar de una relación de dependencia*, que implica prevalerse de la superioridad que ésta provea en el marco de un vínculo cualquiera (los lazos que indica el tipo a título ejemplar no excluyen otros, incluso fácticos)⁶⁵. En seguida, el *abuso del grave desamparo* que afecta a la víctima. El desamparo denota una situación (no una relación, como en la modalidad anterior) de complejo esclarecimiento, dado que el hecho de estar abandonado a las propias fuerzas tanto puede tener un signo económico como ser de orden físico o moral. De que requiere algo más que un mero apuro o una estrechez pasajera, no cabe duda; tampoco de que sea relevante para el tipo el abandono económico. Corrobora lo primero el elemento del juicio cognitivo de la *gravedad* de la situación, si bien la presencia de características normativas de esta clase y el incremento que suponen en las facultades discrecionales del juez, traen consigo, por desgracia, “una limitación de la vigencia del principio de legalidad”⁶⁶. De lo que se sigue que ejemplos cual el de la joven extranjera que no ve otro modo para retornar a su país o mantenerse en Chile que conceder sus favores sexuales por precio, no satisface las exigencias del tipo⁶⁷. Ratifica lo segundo la consideración sistemática del artículo 367 *bis*, 5, que menciona expresamente el desam (**p. 225**) paro económico. Y dado que el artículo 363 se abstuvo de adjetivar el abandono de la víctima, cabe

⁶⁴ CREUS, p. 208. El menor a quien se ha impartido durante su educación exhaustivas indicaciones sobre la sexualidad, no conocerá realmente el tema hasta que gane experiencia con la práctica del coito.

⁶⁵ Como los que existen entre el líder de una secta y sus sometidos (TRECHSEL, p. 726). En todo caso, la mera existencia de la relación de superioridad no basta: hay que aprovecharse de ella. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, 1982, tomo IX, p. 138.

⁶⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, 1971, p. 889.

⁶⁷ Es incorrecto trasladar al ordenamiento chileno supuestos parecidos, que, en cambio, sí se puede manejar ante otros. Los Códigos suizo y alemán, *v. gr.*, emplean la expresión *Notlage*, que denota una situación difícil o precaria, un apuro. Pero el apuro, incluso cuando fuese grave, es menos que el hecho de estar *desamparado* el paciente.

en él sin dificultad el desamparo moral: por eso, comete estupro quien abusa del estado de dependencia de un joven respecto del estupefaciente que se ha enseñoreado de su voluntad, la que busca con el coito granjearse la dosis que precisa⁶⁸, porque lo que aquí interesa no es tanto que el paciente carezca de los medios pecuniarios para adquirir la droga (podría acaso pertenecer a una familia acomodada, que, sabedora de su condición, se los niega), o sea, un aprieto económico, sino lo menguado de un querer que ya no es dueño de sus actos, un estado de mayor permanencia que dicha situación circunstancial. Por último, está la forma de *abusar de una anomalía o perturbación mental*, aun transitorias, que, por su menor entidad, no constituyan la enajenación o el trastorno relevantes para la violación. De nuevo los términos de que se vale la ley resultan poco definidos, sobre todo aquello de la “menor entidad” del mal, el cual, además, puede incluso ser episódico. Mientras el carácter estable de ciertas entidades nosológicas -piénsese en el grado menos profundo de la oligofrenia- las mantiene con firmeza dentro del injusto típico⁶⁹, el terreno vuélvese muy quebradizo cuando, pongo por caso, de transitar sobre neurosis y psicosis reactivas se trata, tanto por los siempre difíciles contornos de éstas⁷⁰, como a causa de la proclividad de la adolescencia en general, y la adolescencia de hoy en particular, a desarrollar perturbaciones anímicas de incidencia moderada. En todo caso, la orientación teleológica del delito obliga a contraer tales anomalías sólo a aquellas que produzcan directa o indirectamente una disminución considerable de los poderes volitivos del joven⁷¹.

Obsérvese, finalmente, que la tesis de que la libertad sexual hallaría en el estupro “su más rotunda ratificación”, por cuanto “a partir de los doce años [...], si no media engaño (o prevalimiento) una persona del sexo masculino o femenino puede disponer libremente de su cuerpo al efecto de tener acceso carnal con otra”⁷², no refleja con entera exactitud la naturaleza y el

⁶⁸ El ejemplo es de STRATENWERTH, p. 155.

⁶⁹ Lo que justifica el reclamo políticocriminal de considerarlas en el estupro. Cfr. COBOS GÓMEZ DE LINARES/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, 1990, tomo I, p. 212.

⁷⁰ Que “son todo menos que netos”. GOZZANO, 1971, p. 203.

⁷¹ Lo que puede ocurrir a causa de condiciones patológicas del tono afectivo. Una honda depresión es capaz de domeñar la personalidad global del enfermo, limitando los procesos de ideación y entorpeciendo la voluntad. GOZZANO, p. 34.

⁷² RODRÍGUEZ DEVESA, p. 185. Son también partidarios de la libertad sexual como objeto cautelado en el estupro, BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO, p. 234 y s., COBOS GÓMEZ DE LINARES y otros, p. cfr. 213, y casi todos los penalistas hispanos.

carácter de la **(p. 226)** tutela de los jóvenes adultos en estas materias -ni concuerda cabalmente con las disposiciones del Código chileno, como demostramos acto seguido-. Porque es improcedente discurrir de una libertad sexual, en el pleno sentido de la expresión, frente a individuos cuya voluntad está jurídicamente condicionada. La libertad sexual no puede encontrar su “más rotunda ratificación” allí donde, en opinión del propio ordenamiento, existe un conjunto de condiciones, determinadas por la inexperiencia, las relaciones, situaciones o la aptitud psicológica, que limitan la manifestación interindividual del impulso sexual, tanto respecto del mundo de los adultos como en el trato del joven con sus coetáneos⁷³.

A qué obedezcan estos condicionamientos y en qué radique el verdadero objeto jurídico del estupro (no menos que el de la violación y corrupción de menores), son cuestiones que han dado fuerza a las más variadas teorías. Por ejemplo, la respuesta favorita en el medio germano insiste en que el Derecho protegería el desarrollo sexual no perturbado de los jóvenes (*die ungestörte sexuelle Entwicklung junger Menschen*), toda vez que la libertad sexual presupone la autonomía de la persona y la correspondiente capacidad de comprender y gobernarse ante el objeto sexual, característica de pendiente realización en el individuo inmaduro⁷⁴. Sólo que esta concepción choca con dos obstáculos. Desde luego, la imposibilidad de determinar científicamente el límite de edad hasta el cual el menor

⁷³ En algunos ordenamientos y en pos del objetivo de no criminalizar las relaciones amorosas entre adolescentes (TRECHSEL, cfr. p. 701 y, enfáticamente, 704: “el amor entre jóvenes no debe ser criminalizado”) ni caer en la inconsecuencia de medir con disímil rasero a sujetos que pertenecen por igual al círculo de personas protegidas por la ley, se declara impunes estos actos cuando la diferencia de edad que media entre los intervinientes fuese exigua. Por ejemplo, tras la reforma de 1992, el artículo 187 del Código suizo excluye la punibilidad en las acciones sexuales realizadas con menores de dieciséis años, si la diferencia de edad entre los participantes no supera tres años; el trienio rige, asimismo, en Italia, desde 1996 (cfr. el artículo 609 *quater* del Código), al paso que el § 207 del Código austríaco deja el lapso en dos años. Conforme explica COLLI, p. 1177 y s., viene así a reconocerse implícitamente a los menores un derecho a la sexualidad que, al contrario, una represión inconsiderada les arrebataría..

⁷⁴ Particularmente el niño: lo que en éste queda de la autodeterminación sexual, “no es más que la libertad en un sentido natural absoluto y la oposición íntima e instintiva del niño contra acontecimientos desconocidos, todavía ajenos a él”. SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 1276 (LENCKNER). Véase, entre otros, OTTO, p. 337 y ss., y STRATENWERTH, p. 138. TRECHSEL, p. 700, a su turno, precisa que la ley persigue salvaguardar a los jóvenes ante experiencias sexuales prematuras, por cuanto éstas *podrían* perjudicar su desarrollo corpóreo y anímico.

debería ser protegido, en interés de tal desarrollo “imperturbado”, ante injerencias sexuales que afecten su crecimiento⁷⁵. Mas esta objeción, siendo importante, es de menor cuenta que un (p. 227) corolario lógicamente deducible de la premisa. Si el bien jurídico coincide con el decurso normal de la sexualidad durante esta etapa de la vida, entonces arrebatamos a los delitos que lo ofenderían es nota constante que exhibió su injusto típico en la tradición jurídica europeo continental e iberoamericana. Ya no serían delitos de lesión; ni siquiera de peligro, visto que la tutela de la víctima tampoco depende de su concreto desarrollo sexual, sino de la edad que posee, y que la punición es independiente de la prueba de que el acto sometió a riesgo dicho desarrollo. El precio de las suposiciones construidas sobre el *id quod plerumque accidit* no se hace esperar: con arreglo a esta teoría el estupro y todas las infracciones afines son, sin más, *delitos de peligro abstracto*⁷⁶, o, lo que es igual, meras desobediencias. Combínese la doctrina anterior con la de la libertad sexual, y el resultado será el mismo⁷⁷.

Sea de ello lo que fuere, el nuevo artículo 365 deja ambas concepciones sin asidero: “*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*”. Luego de lo que manifestamos sobre los sujetos y la acción típica de la violación, es palmario lo que la figura describe y pena, el coito anal entre varones, y que de la vieja sodomía difiere sólo por su estructura monosubjetiva y la “víctima”, un joven adulto. El precepto hace insostenible la tesis de la libertad sexual en el estupro, ya que la ley parte del supuesto del consentimiento no viciado de un joven que capta a la perfección el tema que aprueba -recuérdese que su edad lo hace idóneo incluso para el matrimonio-, sin que, empero, el mérito de esta voluntad surta efecto desincriminante ni tenga otra importancia que la de

⁷⁵ ARZT/WEBER, cfr. p. 148.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ GÖSSEL, p. 311, razonando a partir de la última, indica que estos ilícitos, en el caso de los menores, consultarían “acciones que, a causa de su idoneidad general para perjudicar el desarrollo sexual imperturbado, amenazan indirectamente la libertad sexual... [de ahí que] no se requiere un menoscabo concreto del desarrollo sexual”. Un punto de vista análogo patrocina BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 140, para quien, en el estupro, “lo que se está protegiendo es la libertad sexual [...] a través de la protección directa de uno de sus presupuestos objetivos (por esto, la seguridad de la libertad sexual), consistente en el desarrollo sexual del menor, libre de interferencias graves y perturbantes de su libertad sexual”.

fundamentar el castigo del otro individuo. Antes bien, como al adolescente no se concede siquiera la alternativa de tener trato homosexual con coetáneos, la restricción de su libertad adquiere ribetes graníticos y da pie, además, a situaciones grotescas⁷⁸. Tampoco es dable aducir que el concubito perjudicará el desarrollo (p. 228) psíquico, pues la orientación y determinación sexuales, en opinión mayoritaria de los expertos en Psicología y Psicoanálisis, quedan ultimadas en una edad anterior a los doce años, siendo cuando menos discutible que el contacto homosexual que se verifique entre dicha edad y los dieciocho sea capaz de influir decisivamente en una disposición pervertida del joven⁷⁹. Así las cosas, la única lectura plausible de la disposición consiste en que para las capas dominantes de la sociedad chilena estos actos deben tomarse como *deshonestos*, desde el momento en que coliden con las valoraciones que dichos grupos sustentan en materia de trato carnal, y por eso quedan prohibidos al joven. La forma en que se interpreta la descriminalización de tales prácticas en los Códigos que poco ha las regulaban con ambición represiva, es, al respecto, sumamente aleccionadora⁸⁰. Otra cosa es que la autoridad legislativa y la comunidad para la que legisla caminen por idéntico rumbo. Ante la sabia admonición de von Hentig, de que en estas materias “los legisladores deben mirar más profundamente y no olvidar en ningún momento que las leyes no son todopoderosas ni omnipresentes”⁸¹, y la compleja realidad de la vida en un mundo en transformación, un

⁷⁸ De hecho, la inconsistencia técnica de la reforma obligaría a encarcelar a un autor de dieciséis años, a todas luces imputable, que acaso obró provocado o estimulado por quien pudo superarlo en edad y experiencia, pero al que la ley tutela en su “pasividad” respecto del coito. ¡Lúcida inteligencia del principio de igualdad ante la ley, aquella conforme a la cual sujetos de condición par y en situaciones equivalentes, reciben un tratamiento jurídico tan distinto! Hasta su supresión, en 1994, el § 175 del Código alemán (precepto nada digno de imitarse y menos acreedor de adaptaciones que empeoren su cuestionable orientación) exigía que el autor fuese un hombre de dieciocho o más años, y el paciente, varón menor de dicha edad, pudiendo el juez prescindir de la pena cuando la conducta del último haga infimo lo injusto del hecho, cosa que “normalmente ocurrirá cuando la iniciativa para las acciones homosexuales procedió de la víctima protegida” (GÖSSEL, p. 330).

⁷⁹ DREHER/TRÖNDLE, p. 957 y s. Por aquí únicamente se ofrece el consabido efugio del peligro abstracto (GÖSSEL, p. 328).

⁸⁰ Escribe LENCKNER (SCHÖNKE Y SCHRÖDER, p. 1337), que “la decisión del legislador [de suprimir el parágrafo citado en nota 78], en definitiva, sólo es la expresión de una realidad social que ha cambiado, así como del empeño de no discriminar ya la participación en actividades homosexuales”.

⁸¹ VON HENTIG, p. 146.

mundo en que las pautas morales relativas a lo sexual, no sólo están entremezcladas, sino que, en su contraste y comercio continuos -unas veces amistoso, otras, hostil-, abren un vastísimo espectro de posibilidades de conducta, permítasenos no abrigar grandes esperanzas sobre el rendimiento preventivo de la amenaza penal, cuyo valor, en verdad, es apenas simbólico⁸².

(p. 229) Del régimen que se imprime a los *abusos deshonestos, o sexuales*, según propone la redacción de los artículos 366 y 366 *bis*⁸³, sólo nos fijaremos en la actividad típica y la naturaleza que adopta la antijuridicidad. Para ambos extremos es determinante la interpretación auténtica contextual contenida en el artículo 366 *ter*, como los que interpreta, inédito: *“Para los efectos de los dos 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, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”*.

La tantas veces destacada amplitud de la formulación anterior, *abusar deshonestamente de otra persona*, que el Código tomó del ibérico, no ha provocado en la doctrina hispanoamericana tanta polémica como la que levantó, durante su larga vigencia, en España. Por no nombrar otros ejemplos que cabría aducir, digamos que en el penalismo de Chile y la Argentina apenas si merece dudas el acento comisivo de estos actos, los cuales, al margen de la gama infinita de posibilidades encerrada en el

⁸² Las cifras mínimas en las condenas por homosexualidad tampoco hablan a favor de la eficacia represiva. *Idem*, cfr. p. 147. En todo caso, no sería ésta la primera oportunidad, ni Chile el único país, en que el divorcio entre el *legislador* y la comunidad de cultura a la que ha debido prestar oído más atento, garantice de antemano la ineficacia de los preceptos así acuñados.

⁸³ “Artículo 366. *El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado: 1.º 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.º 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”*. “Artículo 366 *bis*. *El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de doce años, cuando no concurren las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363, será castigado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.- Si concurre alguna de esas circunstancias, la pena será reclusión menor en sus grados medio a máximo”*.

concepto que los expresa, ha debido perpetrarlos el agente, ora incidiendo en el cuerpo de la víctima, ora obligándola a ejecutarlos sobre ella misma, el propio autor o un tercero⁸⁴. Es decir, el *quid* de que el abuso tuviese que materializar un contacto físico directo entre los sujetos activo y pasivo, no llegó a ser jamás un problema, ni siquiera uno de esos problemas aparentes de interpretación jurídica, si es verdad que en la indicación: abusar de una persona -no realizar estos actos *con* ella- caben sin dificultad todas las hipótesis mencionadas, incluso aquellas en que el contacto físico esté ausente, pues cuando la víctima es forzada a obrar sobre su propio cuerpo o el de un tercero extraño al autor, tampoco deja el delincuente de someterla a un designio lascivo que la *usa* como un mero accidente empírico, una cosa. Muy por la inversa, un segmento considerable de la dogmática peninsular (**p. 230**) consideró "necesario un contacto corporal entre las partes del delito a efectos de configurar la conducta típica", criterio que arrebató al último los casos en que faltase el primero, sin parar mientes en que, aun en éstos, "el sujeto pasivo se convierte en instrumento de que se sirve el agente para satisfacer sus lúbricos deseos"⁸⁵. Puede que la reforma introducida en 1989 al artículo 430 del viejo Código y, más tarde, los artículos 178 y 181 del texto de 1995, con las expresiones que substituyeron la antigua *-agresiones sexuales y atentar contra la libertad sexual*, respectivamente, zanjasen el punto, dando razón al pensamiento minoritario⁸⁶, pero a costa de incorporar un piélago de complicaciones adicionales, antes desconocidas, que escapan de nuestro asunto. En consecuencia, hay para interrogarse acerca de la urgencia de estampar en Chile el premioso período "*mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella*", que, mientras no mantiene armonía con la locución que interpreta (realizar una acción sexual distinta del acceso carnal *con* una persona), deja por añadidura desprovistas de sanción una serie de injerencias bastante graves en la sexualidad de otro, admitido que el contacto entre los cuerpos no se dé; a menos que el lector quiera entregarse al ejercicio de imaginar los senos cual partes integrantes de los genitales de una mujer, o las nalgas o piernas de las personas como un ano o una boca estereotipados. La configuración anterior del delito, huelga manifestarlo, nunca dio pie a

⁸⁴ Cfr. BASCUÑÁN VALDÉS, p. 66 y s., y LABATUT GLENA, p. 143. De la doctrina argentina, véanse, Soler, , p. 322 y s.; NÚÑEZ, p. 310; FONTÁN BALESTRA, p. 157; CREUS, p. 231.

⁸⁵ CARMONA, p. 70 y 80.

⁸⁶ Cfr. RUIZ ANTÓN, p. 815 y s., y CANCIO MELIÁ, 1997, p. 519.

esparcimientos de este jaez ni arbitró tan macroscópicas lagunas de impunidad.

Por lo demás, estas dificultades derivan de la substitución del giro *abusos deshonestos* por el que la presente disposición, en su peculiar manera, siente necesidad de esclarecer: *acción sexual*. El cambio de terminología, claro está, pretende expresar una modificación equivalente en la materia de la tutela jurídica; el emplazamiento de la libertad sexual en el lugar que una vez ocupó la honestidad, quedaría revelado por la transformación del elemento normativo que antes mentaba ésta, en el descriptivo que ahora indica aquélla. No cabe duda de que la antigua expresión remitía a ese universo empírico cultural de consideraciones que trazan los límites entre lo aprobado y desaprobado en el trato carnal, que el Código no podía definir por sí mismo, pues, conforme Mezger hizo ver a propósito de la locución *unzüchtige Handlung* (acción impúdica), de que se servía antaño el Código de su país en la caracterización del injusto típico, “el Derecho penal no determina en qué consiste, sino que remite a otro círculo de normas, el de la decencia y moralidad en las relaciones sexuales: el concepto (p. 231) contiene un ‘elemento normativo del tipo’ provisto de una valoración cultural”⁸⁷. En cambio, resulta muy incierto que la fórmula vigente se substraiga por completo a juicios de valor y quede reducida, por ende, a la simple constatación sensible de hechos dados y acotados espacial y temporalmente. Es que, en primer lugar, el acto, amén de su incidencia en el cuerpo del paciente, ha de poseer *significación sexual*, problema que no es dable solventar hundiendo sin más la mirada en libros de anatomía o fisiología humanas. Como lo sexual no se reduce al impulso y órganos correspondientes, así también el acento lúbrico objetivo de una actuación concreta está siempre culturalmente condicionado -lo hemos dicho hasta la saciedad, mas aportemos todavía un ejemplo: el beso de saludo entre hombres y mujeres pudo tener otrora un sentido completamente distinto del decoro que con él tributamos a nuestros amigos y conocidos-. Además, el acto y su significado quedan sometidos a una apreciación cognitiva suplementaria, enteramente teñida de valoraciones, de la situación fáctica: la *relevancia*. Prescindamos del golpe mortal que el joven ingrediente asesta al principio de legalidad⁸⁸ y del triste

⁸⁷ EBERMAYER/LOBE/ROSEMBERG, 1957, tomo II, p. 78.

⁸⁸ Atentado que lastima a numerosos Códigos, luego de consumarse en ellos modificaciones semejantes a la que comentamos. En el italiano, por ejemplo, los espacios excesivos de discrecionalidad judicial han ganado una importancia impensada, entre otras, gracias a las expresiones “menor gravedad” y “mínima importancia” aplicadas por los artículos 609 *bis* a 609 *octies*, obra de la Ley 66, de

homenaje que rinde al de insignificancia⁸⁹, porque, en lo (p. 232) que aquí nos interesa, la de establecer lo relevante del acto que se juzga es una operación que no puede menos que tomar como punto de referencia el bien protegido por el ordenamiento en el delito. De modo que la acción sexual configura, al igual que lo *deshonesto* del abuso, un elemento normativo del tipo, si bien esta característica resulta menos evidente que en la vieja redacción⁹⁰ y queda, por decirlo así, disimulada tras las modalidades coactivas de la conducta y su objeto material.

Pero, en el sentido que hay que atribuir al predicado de ésta es donde

15 de febrero de 1996, modificatoria de aquél en lo relativo a la “violencia sexual”. Cfr. CRESPI/STELLA/ZUCCALÀ, 1996, p. 1565-1569. Que la reforma desnaturalizase totalmente e hiciese incluso irreconocibles los viejos delitos de violación (*violenza carnale*), actos libidinosos violentos (*atti di libidine violenti*) y corrupción de menores (*corruzione di minorenni*) -hoy reemplazados por los de “violencia sexual”, “actos sexuales con o en presencia de menores” y “violencia sexual en grupo” (?)-, renunciando en esta provincia de ilícitos al principio de tipicidad, es el precio que paga por dejar sin contenido el capítulo I del título IX (*Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*) e incrementar con la famosa “violencia sexual” el capítulo III (*Dei delitti contro la libertà individuale*) del título XII (*Dei delitti contro la persona*), libro II. Dónde queden con la reforma el espíritu liberal y la calidad técnica del penalismo italiano, no estoy en condiciones de determinarlo.

Apuntemos todavía que los criterios predilectos en la dogmática y jurisprudencia alemanas para dar alguna concreción a la frase según la cual las “acciones sexuales son sólo aquellas de alguna importancia en atención al respectivo bien tutelado” (§ 184, c, del Código), es decir, la clase, intensidad y duración, no menos que las circunstancias concomitantes del acto y las relaciones entre los sujetos, demuestran, en su vaguedad, la vigencia del problema de fondo de tales cláusulas y lo poco recomendable de su empleo en las leyes punitivas. Bien lo percibe LENCKNER (SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 1375) al comparar la expresión derogada (acciones impúdicas) con estas “acciones sexuales de importancia”: “Hay para dudar de que frente al elemento normativo y, por ende, forzosamente imperfecto de la vieja redacción, se haya ganado mucho desde el punto de vista de la seguridad jurídica”.

⁸⁹ Léanse estas juiciosas palabras de Mezger, que tienen casi cincuenta años: “Si en ocasiones se discute acerca de que la lesión debe ser grave [...], ello no es acertado [...], puesto que toda acción debe tener en el Derecho cierta relevancia, y solamente las infracciones graves justifican una intervención penal en el ámbito sexual”. EBERMAYER/LOBE/ROSEMBERG, p. 78.

De hecho, hay mejores vías para cautelar la máxima *de minimis non curat praetor*, ver igualmente GUZMÁN DALBORA, 1995, p. 491-543, así mismo 1996, p. 41 y ss.

⁹⁰ Así, también, LENCKNER (SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 1373) y, terminante, TRECHSEL: “Die Feststellung, dass eine strafrechtlich relevante sexuelle Handlung vorliegt, ist ein Werturteil”, p. 702.

justamente la doctrina de la libertad sexual nos abandona. Pues probado que el acto lo fue contra o sin la voluntad de la víctima y que se dio el contacto o la incidencia corpórea que pide la ley, todavía resta determinar si posee *significación sexual*, que reúne los elementos requeridos por el injusto delimitado en la ley. Pues bien, mientras el objeto de la tutela fue la honestidad, escritores de muchos países exigieron, como complemento de la manifestación objetiva de la voluntad, un contenido preciso en la subjetividad del agente, toda vez que el juicio que establece la relación de contradicción de tales manifestaciones con el Derecho no puede prescindir, sin caer en una seria confusión entre lo que éste faculta o veda, de esa específica tendencia interna llamada ánimo lascivo. Este vino a ser el criterio dominante en España⁹¹ y, sobre todo, Alemania -habiéndolo sintetizado uno de los más renombrados neoclásicos de este país en su definición de las conductas deshonestas: “aquellas acciones que, *objetivamente*, vulneran de modo grosero la decencia en lo relativo a lo sexual y que están *subjetivamente* dirigidas a excitar o satisfacer el instinto sexual”⁹²-, pero no en Chile, donde la cuestión solivianta a la doctrina⁹³. Y mucho más batallona se muestra en la actualidad del Derecho comparado y su preferencia por la libertad sexual, pudiéndose decir que pasó a ser mayoritaria la concepción adversa, dado el cariz objetivo que, según se afirma, posee la expresión “acciones sexuales”.

(p. 233) Con todo, si no debiese ser -como creemos- un círculo vicioso aquel razonamiento conforme al cual tales actos serían aquellos que, a la luz de su configuración externa, permiten a un observador objetivo reconocer su referencia sexual⁹⁴, y que limita lo subjetivo del delito a la inserción de la referencia en el contenido intelectual del dolo, hay por lo menos dos argumentos que nos inducen a reafirmar, *de iure condito*, el ánimo lascivo como imperioso requerimiento en estos abusos. Por de pronto y hablando en términos lógico sistemáticos, dado que la ley lo exige con meridiana, rotunda claridad en la corrupción de menores, de acuerdo con el artículo 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*”, etc.), en circunstancias que, si lo que se busca

⁹¹ Cfr. CARMONA, p. 159-170.

⁹² VON HIPPEL, 1932, p. 227.

⁹³ Son partidarios del elemento subjetivo de lo injusto en discusión, POLITOFF, p. 296 y s., y CURY URZÚA, 1982, tomo I, cfr. p. 274; se pronuncian en contra, NOVOA MONREAL, 1985, tomo I, cfr. p. 353; ETCHEBERRY, 1998, tomo IV, p. 70, y BASCUÑÁN VALDÉS, p. 73.

⁹⁴ OTTO, cfr. p. 331, y LENCKNER (SCHÖNKE/SCHRÖDER), p. 1373.

salvaguardar con el delito es la libertad (futura) o indemnidad sexual del menor, la apetencia subjetiva está completamente de sobra. Respecto de los menores -opina Stratenwerth-, rige ahora el principio de que los actos cuya significación sexual sea inequívoca deben quedar comprendidos en la figura legal sin tomar en cuenta las motivaciones del autor⁹⁵. Comoquiera que el Código chileno persiste -y con razón- en reclamar esas "motivaciones" allí donde, precisamente, resultarían innecesarias conforme a la novel inteligencia del bien jurídico, *a fortiori* hay que entenderlas como requisito tácito de los abusos deshonestos. El que estrecha las fronteras de lo penalmente tipificado (venturosa bondad de los elementos subjetivos de lo injusto) para lo que considera más grave, tiene que hacer otro tanto con lo que ofende menos el bien de que se trate. Constatemos, además, que la doctrina objetivista cede ante las situaciones *ambivalentes*, esto es, aquellas en que la apariencia externa no sirve por sí sola para definir la índole antijurídica del acto, y sale del atolladero apoyándose en los fines inverecundos perseguidos por el malhechor⁹⁶. Se abraza, pues, en los casos-límite el principio que debió iluminar desde un comienzo el conjunto de los casos, y por eso no se ve que las excepciones tampoco conforman un número tan exiguo: al reconocimiento ginecológico o a los golpes dados en el seno de (p. 234) una mujer, sólitos ejemplos invocados al efecto, débese añadir otros, como las lesiones deliberadamente causadas con la mano en las partes pudendas de la víctima⁹⁷. A decir verdad, el delito de abusos deshonestos constituye una de las parcelas de nuestra disciplina en que el carácter individualizador del Derecho penal se muestra con rasgos particularmente acusados; en consecuencia, nada prueba, contra la fuerza del principio que sustentamos, el hecho de que su necesidad se

⁹⁵ STRATENWERTH, p. 143.

⁹⁶ Así, por todos, LENCKNER (SCHÖNKE/SCHRÖDER), p. 1374. Hay excepciones, por ejemplo, Gössel. El argumento de éste (p. 263), basado en Freud, del trasfondo en todo caso inconsciente del comportamiento sexual, no me parece decisivo. Al joven médico que Mefistófeles seduce para que pruebe cuán firmemente apretada es la esbelta cadera de la muchacha, se le prohíbe lo que hace, no por un motivo inconsciente en él ni por las razones que afirma tener, o porque *sienta* deseo sexual, sino por "la intención que el Demonio supone" (MAYER, 1923 [que cito por la reimpresión de Keip Verlag, Goldbach, 1997], p. 185) y determinó la voluntad y los *propósitos* de Fausto.

⁹⁷ En las que el motivo pudo ser la venganza o el menosprecio del ofendido. Al respecto, véase el interesantísimo caso, tomado de la jurisprudencia argentina, que relata y comenta JIMÉNEZ DE ASÚA, 1958, tomo III, p. 873-875.

adverta sólo a propósito de alguna hipótesis individual⁹⁸. Adherimos aquí sin ambages a estas frases sabias: “En ninguna otra clase de infracciones se apercebe tan bien el influjo del elemento subjetivo [...] Sólo él separa la palpación del sátiro de la exploración del médico que objetivamente son idénticas. Lo mismo ha de decirse del beso, que puede ser muestra de salud, del más puro cariño o de ánimo libidinoso”⁹⁹.

Vayamos, finalmente, a la *corrupción de menores*. En el artículo 367, que hemos transcrito páginas atrás¹⁰⁰, el Código amadrigó las actividades favorecedoras tanto de la prostitución como de la corrupción propiamente dicha, por cuanto, “en un sentido amplio, la corrupción comprende dentro de sí la prostitución”¹⁰¹, y como de ésta suele ser una fase preliminar, se explica el uniforme tratamiento en las consecuencias coactivas de ambas. La reforma cambia abruptamente esta técnica. De ella conserva sólo la estructura del favorecimiento de la prostitución¹⁰²; el centenario precepto pierde, entonces, las actividades corruptoras, que pasan al artículo 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 doce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o la determinare a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados. - Con la misma pena será castigado el que empleare un menor de doce años en la producción de material pornográfico. - También se sancionará con igual pena 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 1 del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363*”.

⁹⁸ “En la esencia de lo individual está contenido siempre un momento de sorpresa, que se traduce, imprevisiblemente, en combinaciones inagotables del juego del destino y del azar”. HENKEL, 1968, p. 577.

⁹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, p. 872.

¹⁰⁰ Cfr. *supra*, nota 16.

¹⁰¹ “Toda persona prostituída es una persona corrompida. Pero no toda persona corrompida está necesariamente prostituída”. RODRÍGUEZ DEVESA, 1985, p. 821.

¹⁰² “Artículo 367. *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 veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales*”. La pervivencia del régimen del Código en materia de prostitución de menores nos exime de destinarle una atención especial.

La pesada redacción del presente artículo es, de algún modo, indiciaria del friable suelo del delito en la Codificación penal contemporánea y de la falta de nociones firmes al respecto¹⁰³. De hecho, el prurito de librarlo de cualquier resonancia moral de que pudiese ser portadora la palabra que lo nombraba y el afán de desplazar la tutela de la honestidad en homenaje a un principio de impronta distinta -el abanico de las doctrinas ofrece numerosas alternativas: el desarrollo imperturbado, la intangibilidad o indemnidad sexuales del joven, etc.-, han venido a parar en situaciones incluso inverosímiles, desde la radical supresión del ilícito en el Código español de 1995¹⁰⁴, hasta la minimización de las modalidades ofensivas en la reforma italiana de 1996¹⁰⁵. La ley modificatoria chilena no incurre, ciertamente, en extravíos de tamaño envergadura. Sin embargo, para tasar lo logrado del intento de precisar las modalidades de ataque al bien jurídico mejor que lo que permitía, en opinión de sus censores, la antigua figura legal, y medir cómo quede con efecto delineada la tutela punitiva de los menores, parece de nuevo recomendable prestar somera atención al alcance de los conceptos que antes informaron al Código.

Desde luego, que la connotación moral del verbo *corromper* no tenía sitio en la inteligencia del delito, era cosa pacífica por lo menos desde Carrara, bien (p. 236) porque una perversión interna, que no trasciende a las costumbres del joven, es de imposible establecimiento y apreciación en el mundo de exterioridades que el Derecho regula¹⁰⁶, bien porque lo que en aquél está en juego es, precisamente, el efecto que determinados sentimientos y representaciones tienen o pueden tener sobre la *conducta*

¹⁰³ “La verdad es que en esta materia casi nada es seguro y la mayoría de las afirmaciones se basan en el sentimiento, en la propia experiencia personal y otros datos difíciles de explicar y comprender racionalmente”. MUÑOZ CONDE, p. 177.

¹⁰⁴ “El nuevo Código no tipifica el delito de *corrupción de menores* que contemplaba el CP anterior (texto refundido de 1973) [...] El error es grave y nos convertimos así en uno de los países del mundo industrializado con menor protección al libre desarrollo de la libertad sexual en la juventud, que sin duda influirá en un aumento de la prostitución”. SERRANO GÓMEZ, 1998, p. 202. (Véase nuestra recensión de este libro en la revista *Gaceta Jurídica*, cit., número 224, febrero de 1999, p. 137-140).

Con una fisonomía diferente, el delito reaparece en España merced a la reforma de 30 de abril de 1999 (art. 189, 3, del Código), según diremos pronto.

¹⁰⁵ El artículo 609 *quinquies* del Código de Rocco castiga hoy, como corrupción de menores, sólo la realización de actos sexuales en presencia de un menor de catorce años, con el fin de que éste los contemple.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, p. 821.

del paciente en el ámbito sexual¹⁰⁷. De ahí la no menos difundida conclusión de que la tutela jurídica atiende en la especie al sustento fisiológico, en el doble aspecto físico y psíquico, de la sexualidad -un presupuesto indispensable para que el individuo, ya maduro, despliegue el impulso sexual de un modo sano y congruente con el decurso de su personalidad-. “La corrupción es la depravación de los *modos* de la conducta sexual en sí misma”¹⁰⁸, una “alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza [...], ya sea por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma prematura sobre una sexualidad aún no desarrollada”¹⁰⁹. Habida cuenta, empero, de que la corrupción es acto atípico y que, en consecuencia, el menor no comete delito alguno, la única manera de circuir el principio de la accesoriidad de la participación y someter a pena a quienes contribuyen a pervertirlo consistía en convertir en tipo autónomo conductas de instigación y de complicidad, según que el protagonista del proceso corruptor fuese un tercero o la propia víctima, respectivamente. Pues el que promueve, induce, y el que la facilita, es cómplice de la corrupción¹¹⁰; todo lo cual presupone la aptitud psicofísica del niño de *comprender*, aun de rudimentaria guisa, la naturaleza del acto¹¹¹, ya que, de lo contrario, éste carecería de la capacidad de dejar una huella deformante sobre la personalidad y la prohibición conduciría por sus pasos contados al castigo de la nuda lascivia. Este régimen procuraba una ventaja adicional a los textos inspirados en el español, a saber, la amplia gama de posibilidades de perpetrar la infracción, un corolario técnico tanto más indispensable cuanto que lo reclaman la aguda susceptibilidad de los niños en estas cuestiones y la consiguiente necesidad de reprimir, en la inducción, lo mismo actos de carácter intelectual -“la enseñanza, el consejo, la **(p. 237)** orden, el ejemplo y la exposición aptos para determinar la depravación de la conducta sexual del menor”- que materializaciones inverecundas realizadas ante él o hechas ejecutar por éste, y, en la complicidad, no sólo al que allana obstáculos para que ella se pervierta,

¹⁰⁷ NÚÑEZ, cfr. p. 342.

¹⁰⁸ *Ibidem*. En cambio, la prostitución “es la depravación de los *motivos* generadores del trato sexual” (p. 341). Las cursivas nos pertenecen.

¹⁰⁹ SOLER, p. 330. Coincidente, CREUS. Reproducen estas ideas los penalistas chilenos, especialmente Labatut y Etcheberry.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, 1985, p. 821, y 1990, cfr. p. 211. “En la promoción, el impulso hacia la creación o mantenimiento del estado de corrupción proviene del agente; en la facilitación proviene de la víctima y el agente se pliega al plan de aquélla”. CREUS, p. 216.

¹¹¹ FONTÁN BALESTRA, cfr. p. 121.

sino también al que, “teniendo el deber jurídico de proteger o dirigir la conducta de la víctima, no lo hace”¹¹². Ventaja -hay que manifestarlo- de apenas parcial realidad en el Código chileno, debido a la vinculación de los medios ejecutivos, el *abuso de autoridad o confianza* y, sobre todo, la *habitualidad*, los cuales resultan incompatibles con la forma omisiva, entre otras limitaciones que imponen a la esfera de tutela.

En su lugar, el artículo 366 *quater* se resiente de una influencia inédita en el país, como la copia que es del § 176, 5, del Código alemán. No puede mover a sorpresa, entonces, que la corrupción de menores deba compartir los méritos y defectos de su fuente, ni que fortalezca a los últimos, en el molde donde se vacían, la cuestionable operación de trasladar a un ordenamiento punitivo disposiciones extrañas a su genio. Por lo pronto, de haber borrado la habitualidad o el abuso como preceptivas exigencias típicas, acierto indiscutible de la reforma, no se deduce sin más la relevancia de la comisión por omisión. Los núcleos alternativos *‘realizar acciones’*, *‘hacer ver o escuchar’* y *‘emplear’*, todos reveladores de autoría, poseen tono comisivo, como también un verbo desacostumbrado en la terminología del Código, *‘determinar’*, que en la del alemán, y en alguna acepción castellana, indica instigación¹¹³. Y no es éste el único extremo en que se ha avanzado poco. Las sempiternas *‘acciones de significación sexual’* precisan una valoración empírico cultural semejante a la que señalamos en el artículo 366 *ter*. Es cierto que podemos modificar el planteamiento de la solución, y decir, por ejemplo, que son de esta índole todas las conductas con las que el autor pretende involucrar a otra persona en un contexto sexual objetivo¹¹⁴; pero lo sexual del contexto, si no quiere permanecer en un terreno neutro de significados que, en rigor, priva al objeto de la definición de cualquier utilidad práctica, sigue dependiendo de una apreciación social y, al cabo, de cultura, con lo cual los criterios vigentes en la comunidad acerca del comportamiento en el ámbito del sexo vuelven por sus fueros. Y quien pida una contraprueba, encuéntrala en la imagen global del injusto típico, que en la apariencia mate (p. 238) rializada imprime una tendencia subjetiva: sólo el que obró *‘para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro’* traspasa las fronteras de lo que la cultura faculta y penetra en lo que el Derecho, ese poder

¹¹² NÚÑEZ, p. 345-349.

¹¹³ El verbo *bestimmen* caracteriza en él esta forma de participar en el delito de otro, en el § 26.

¹¹⁴ Es la tesis que propugna hace años DÍEZ RIPOLLÉS (p. 150), y que luego ha tenido resonancia doctrinal y legal en España.

cultural, prohíbe¹¹⁵. Puntos más, puntos menos, estamos ante los mismos comportamientos alcanzados por las penas que el Código asignó al delito en 1874.

Como en todos los delitos, nudo crucial del que nos ocupa es el carácter que adopta el resultado antijurídico. Ante la regulación anterior las opiniones estaban divididas. Un sector de la doctrina se inclinó por el peligro concreto, “porque si bien es cierto que para que el delito se configure no se requiere que la víctima haya experimentado realmente una alteración psíquica o moral, también lo es que debe existir la posibilidad de que tal resultado se produzca, tanto por la idoneidad del acto como por la capacidad de la víctima”¹¹⁶. Otra concepción, que entronca con Carrara, iba más adelante y exigía la lesión del bien jurídico, la corrupción efectiva del menor, ya que “la interpretación contraria conduciría a dar una inadmisibile amplitud al precepto”¹¹⁷; y, puesto que la lesión supone un objeto jurídico que vulnerar -elemental postulado del principio de ofensividad-, los últimos autores concluían no ser factible corromper al menor ya corrompido, criterio que en Italia contó con el expreso respaldo del Código¹¹⁸ y que encontramos reiterado por preeminentes penalistas en nuestros días¹¹⁹. Sólo en escasas ocasiones se dijo bastar el peligro abstracto para la honestidad del menor¹²⁰.

¹¹⁵ También el elemento subjetivo de lo injusto revela un triunfo y una derrota. Indudablemente, la fórmula mejora la que antes existía (“*para satisfacer los deseos de otro*”) al incluir la lascivia unilateral, la que el autor pretende para sí. Mas la enrevesada, cacofónica factura del precepto y el sentido que su estructura lógica acuerda al adjetivo *otro*, complica la calificación jurídica del propósito de excitar *a la propia víctima*. El ánimo lúbrico tiene mil facetas, y bien se puede querer el disfrute del niño sin buscar un goce personal. Por eso, el Código alemán dispone “*para excitar sexualmente con ello al niño, a otro o a sí mismo*” (“*um sich, das Kind oder einen anderen hierdurch sexuell zu erregen*”). Con una redacción más cuidada, como la del artículo 125 del Código argentino (“*para satisfacer deseos propios o ajenos*”), no hay inconveniente alguno en afirmar que “también en este caso el autor deprava para satisfacción del deseo sexual ajeno, incluso sólo el de la propia víctima” (NÚÑEZ, p. 353). Si hemos de copiar, hagámoslo bien y en buen castellano.

¹¹⁶ FONTÁN BALESTRA, p. 121; cfr., además, NÚÑEZ, p. 346, y CREUS, p. 223: “es suficiente el peligro”.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, 1985, p. 821, así como 1990, p. 211.

¹¹⁸ Artículo 530, párrafo tercero, derogado en 1996. En esta línea de pensamiento, ANTOLISEI, 1986, tomo I, p. 469 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA (en las obras y los lugares citados en nota 117) y SOLER, p. 331.

¹¹⁹ Cfr. Gimbernat Ordeig, 1999, p. 44.

¹²⁰ Así, MANFREDINI, cfr. p. 209.

(p. 239) Todo el trabajoso empeño de salvaguardar las categorías clásicas, que son garantía de la libertad, del liberalismo penal, se ve hoy gravemente trastornado con la moderna corrupción de menores. Va de suyo que cuando se divisa en la incolumidad del desarrollo sexual el objeto jurídico, cual sucede en Alemania, la ofensa típica queda degradada, toda vez que un peligro abstracto sería suficiente para cumplimentarla¹²¹. Esta degradación del injusto, aunque viviente en cada una de las hipótesis del tipo, es muy notoria en aquella que consiste en emplear un menor para producir material pornográfico (filmes, fotografías, registros de voz, etc.), supuesto para el que la ley prescinde del ánimo lascivo y que, en concepto de la doctrina actual, reclamaría aplicación aunque el niño no entienda en absoluto la significación del hecho; es que sus efectos nocivos podrían surgir en él mucho más tarde¹²². Nada interesa que la conjetura se revele falsa, ni que el niño crea tal vez que participa en una jugarreta; tampoco, que la indemnidad o intangibilidad sexuales son una consecuencia de la tutela, y no el objeto jurídico del delito -la célebre crítica que Pecoraro-Albani hizo a Contieri, el padre de la teoría¹²³-. Cuenta únicamente la “alta significación del objeto protegido” y el desvalimiento de su titular. Por eso se da forma a un mero *Risikodelikt*, en la línea del inquietante Derecho penal de la sociedad de los riesgos y su propensión al “crecimiento exponencial de protecciones anticipadas a los bienes jurídicos -de lo que los delitos de peligro abstracto son el signo más evidente-, hasta un punto en que el bien jurídico pierde sus contornos, se esfuma y, con ello, deja completamente de ejercer su función crítica como pauta de legitimación del Derecho vigente y del Derecho futuro”¹²⁴. Nuestro sentimiento se subleva ante esta situación. Si dejamos de exigir en la corrupción de menores que el acto tenga al menos la idoneidad de amenazar concretamente la evolución sexual del niño, lo cual supone que éste entienda su torpe sentido, damos plaza al castigo de la simple inmoralidad y las leyes penales pasan a ser un instrumento de purificación ética, mofa amarga de una innovación legislativa que quiso despejar todo este tema de los que tildó como sus lastres moralizantes, inaceptables en un Estado de

¹²¹ Opinión unánime. Cfr. *supra*, texto y nota 76, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, p. 1289, y DREHER/TRÖNDLE, p. 921: “la posibilidad de un peligro concreto para el bienestar psíquico o físico del niño, o la correspondiente lesión, son, ciertamente, un motivo de la ley, mas no pertenecen al tipo”.

¹²² STRATENWERTH, cfr. p. 143. De que basta la *percepción* del suceso por parte del niño, no siendo necesario que éste *comprenda* su significado, discurren, asimismo y con un alcance general para el delito, DREHER/TRÖNDLE, cfr. p. 922.

¹²³ PECORARO-ALBANI, p. 1076.

¹²⁴ FIGUEIREDO DIAS, p. 72.

Derecho. Siendo ésta una de **(p. 240)** esas reformas las cuales, a su turno, requieren presta modificación que reobre en lo que de sus errores se estime mayúsculo, bien valdría pensar en un resultado de lesión para el delito, como se ha hecho en el artículo 189.3, de reciente introducción al Código español, para quien *'haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste'*¹²⁵.

c. Las penas y su aplicación

A los delitos contra la honestidad asignó el Código, desde su entrada en vigor, penalidades severas. Con todo, el acusado sentido de proporción que gobernaba el tenor primitivo de sus disposiciones hizo factible que aquéllas guardasen ese doble y necesario equilibrio que demanda la tutela de los bienes jurídicos en cualquier ordenamiento punitivo, esto es, por un lado, armonía entre la protección del bien de que se trate y la concedida a los demás, según la importancia relativa de unos y otros en el sistema de valoraciones inspirador del conjunto, y, por otro, coherencia al interior de cada grupo de delitos, de modo que sus consecuencias coactivas traduzcan la naturaleza y gravedad de los atentados al objeto de tutela que dichas agrupaciones tomen en consideración.

Si este afán de proporción, que en un Código es prenda de la racionalidad intrínseca de sus normas, se fue perdiendo lamentablemente con las modificaciones que sufren durante el siglo XX, la severidad de las penas en la presente categoría de delitos, en cambio, hubo de intensificarse¹²⁶. Poco extrañará, pues, que la reforma de 1999 profundice todavía el riguroso surco, aunque tal característica no sea tan perceptible en la formulación abstracta de las puniciones como en su individualización. La violación, por ejemplo, conserva la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio (de tres años y un día a quince años), sin que deba mover a error la rebaja en el grado mínimo de la asociada a la violación de impúberes -presidio mayor en cualquiera de sus grados, es decir, de cinco años y un día a veinte años-, ya que el **(p.**

¹²⁵ Al respecto, cfr. Serrano Gómez, 4ª ed., 1999, p. 218 y. s.

¹²⁶ Las leyes modificativas anteriores a la que comentamos fueron éstas: 9.762, de 10 de noviembre de 1950, en materia de raptó; 17.727, de 27 de septiembre de 1972, que asimiló a la sodomía la violación de varones, y 19.409, de 7 de septiembre de 1995, sobre trata de personas. Una disposición ya citada, el Decreto-ley 2.967, aumentó las penas de la violación de impúberes. En todas, el sello constante fue la creación de normas al calor y bajo la impresión de dolorosos casos judiciales.

241) medroso procedimiento¹²⁷ queda anulado a efectos prácticos por las reglas especiales que rigen su aplicación. La pena del curioso *stuprum cum masculino*, en el artículo 365, reclusión menor en sus grados mínimo a medio (de sesenta y un días a tres años), más baja que la de la antigua y genuina sodomía, no implica en caso alguno un signo de benignidad, cuestionable como es lo antijurídico del supuesto de hecho; para el verdadero estupro, sin embargo, se agrava la pena. Además, no parece que acompañe a estas puniciones, en el estado en que las deja aquí y allá la reforma, una correspondencia digna de nota con la gravedad de las conductas que reprimen, lo que priva de orientación y torna zigzagueante su severo carácter. Los abusos sexuales con menores adultos en que intervengan las circunstancias constitutivas del estupro (artículo 366, 2) traen aparejada una responsabilidad más tenue que la inherente a la corrupción abusiva de estos sujetos (art. 366 *quater*, párrafo final) - reclusión menor en sus grados mínimo a medio y reclusión menor en cualquiera de sus grados, respectivamente-, diferencia que privilegia el delito de lesión frente al de peligro. En su forma básica, los abusos con impúberes reciben la misma pena que la acción de corromperlos (cfr. el párrafo primero de los artículos 366 *bis* y 366 *quater*), con lo que da igual, *v. gr.*, masturbarse ante el chico que manipular directamente sus genitales o introducirle en el ano un artilugio. Es más, la reforma, que, como quedó explicado, separa la corrupción de la prostitución de menores, impone a la segunda la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, e infiriere de esta guisa al Código un desequilibrio valorativo de alcance incalculable: supone una diferencia *cualitativa* entre prostitución y corrupción (las penas de ésta son ahora mucho más recatadas), hace equivalentes el favorecimiento de la prostitución de impúberes a su violación y minimiza, en fin, el injusto del acceso carnal perpetrado contra un menor adulto respecto del hecho de prostituirlo sin bcarlo siquiera, ya que la pena de esto último sobrepasa con largueza la de lo primero¹²⁸. Coteje de nuevo las penalidades y comprobará el lector cómo prostituir a un joven o violar a un

¹²⁷ En nuestro mundo de cultura y en la Política criminal de hoy hay razones de sobra como para esperar una humanización más decidida de las puniciones, comenzando, claro está, por sus límites superiores.

¹²⁸ Podríamos seguir: quien persuade al joven y lo hace salir del país para que se prostituya en el extranjero (artículo 367 *bis*, párrafo segundo, 1), respondería menos si, en su lugar, prefiriese violarlo.

El hecho de que una pena a tal punto desproporcionada preexistiese a la reforma no exime a ésta de la censura, porque en los pasajes de un Código que son objeto de modificación sus defectos están para ser corregidos, no para mantenerlos o acrecentarlos.

niño resulta más grave que darles muerte. Es esta adustez errátil un terreno en que la falta de seguridad del legislador sobre el objeto de la tutela cobra cerril y doliente expresión.

(p. 242) Sobremanera serio es el problema de la aplicación de estas sanciones. A las de suyo contenidas posibilidades que provee el ordenamiento vernáculo para substituir las penas privativas de la libertad - condena de ejecución condicional, reclusión nocturna y libertad vigilada¹²⁹- se las restringe o elimina. Desde luego, al conceder tales beneficios puede el tribunal imponer al condenado por alguno de estos delitos la condición de que *“no ingrese ni acceda a las inmediaciones del hogar, el establecimiento educacional o el lugar de trabajo del ofendido”* (artículo 30 de la Ley 18.216, de 14 de mayo de 1983, modificado por la ley que comentamos), medida de difícil fiscalización y que, en ciertas localidades o bajo determinadas circunstancias, será de cumplimiento imposible o un verdadero destierro¹³⁰. La violación de niños queda preceptivamente excluida de estos substitutivos (ídem, art. 1), y el rematado podrá optar a la libertad condicional sólo cuando haya cumplido dos tercios de la pena (art. 3 del Decreto ley 321, de 12 de marzo de 1925, también modificado). Con las últimas disposiciones, *“se da una clara señal del reproche social que estos delitos producen en nuestra sociedad y al mismo tiempo se asegura que aquellos autores que sean condenados por estos delitos ejecuten [sic] sus penas privados de libertad”*. Así expresa el veto con que el Ejecutivo las propuso al Parlamento en enero de 1999¹³¹, luego de una serie de presiones a las que no pudo resistir y que exigieron *carcere duro* para estos delincuentes¹³². Era el broche de la reforma y el epítome de dos de

¹²⁹ Véase GUZMÁN DALBORA, 1984, p. 583-594.

¹³⁰ Cuadra al origen yanqui de esta *medida de seguridad*, enteramente ajena a los institutos donde hoy aloja, que la ley no se cuida de precisar los fundamentos de su imposición. Y es de ver que, con idéntica característica y mayores extensión y contundencia, ni siquiera requiere condena, ya que *“en los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores, el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado [¿?] a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél”* (art. 372 *ter* del Código).

¹³¹ Cfr. *supra*, nota 31.

¹³² De lo cual da minucioso relato el diario *El Mercurio*, de Santiago de Chile, en sus ediciones de los días 7, 11, 15, 16, 20 y, sobre todo, 24 de enero de 1999. La

sus características distintivas: oblicua infor (p. 243) mación criminológica, ya que es una firme adquisición derivada de la fenomenología de estos delitos y la personalidad de sus autores, que el recurso a la privación de la libertad puede ser poco recomendable y hasta muy pernicioso¹³³, y una dureza rayana en la insensibilidad moral ante el sufrimiento del preso. Que entre los grupos o entidades que lograron -por cierto, sin gran dispendio de energías- de los supremos poderes políticos ganancia semejante se cuente, encabezándolos, nada menos que la Comisión chilena de derechos humanos¹³⁴, es sólo un reflejo del clima que empaña en el país la consideración pública del problema de la criminalidad y de cómo entre sus capas dominantes se dejó de ver hace rato, en el hombre que ha delinquirido, al hombre¹³⁵.

IV. Epílogo

Por rápidas y forzosamente incompletas que sean y con efecto son estas notas sobre la reforma chilena de los delitos contra la honestidad, suponemos haber en ellas algunos elementos que permiten enjuiciarla y, en consecuencia, aprobarla en ciertos respectos y reprobarla en otros.

Desde luego, si el cambio en el bien jurídico constituye un hecho consumado e innegable, tampoco se puede sostener que corone al esfuerzo por colocar a la libertad sexual en el sitio que ocupó la honestidad un éxito rotundo. Es que en un terreno particularmente hosco para las generalizaciones, los riesgos que se corre al regularlo son graves, y

primera, informa de la “plena satisfacción” del Gobierno con el proyecto ya sancionado por el Congreso, “descartando [aquél] la posibilidad de formular un veto presidencial para la iniciativa, que está lista para ser promulgada”; la anteúltima, del aplazamiento de la ceremonia de promulgación, y la de 24 de enero, del vetoy de la intención del Ejecutivo de promover “con entusiasmo” su aprobación entre los legisladores.

¹³³ Dice de ellos RODRÍGUEZ DEVESA., p. 173, siguiendo a Seelig y Middendorff, que, “generalmente son debidos a defectos caracterológicos que una pena prolongada privativa de libertad no hace más que acentuar, o bien se trata de sujetos que padecen de una enfermedad mental o acusan una psicopatía extrema. Se hace, por consiguiente, necesario acentuar la nota educativa de las penas o emplear un tratamiento médico”.

¹³⁴ Cfr. *El Mercurio*, cit., en sus ediciones de 16 y 24 de enero de 1999.

¹³⁵ Sinteticemos en la pluma de un penalista americano de hoy lo que unánimemente reclaman de toda reforma a la terrible disciplina quienes cultivan su estudio: que aquellos a “quienes los caminos extraviados de la vida dejaron en manos de la pena [...] siguen siendo, por más repugnantes que hayan sido sus crímenes, personas humanas”. LUISI, p. 24.

negros los despeñaderos en que cabe precipitar a un Código, de no caminar sobre él con máxima precaución. Por lo demás, de aquel en que se sume el texto chileno hay concretos ejemplos en el extranjero, y su fórmula, apretadamente expuesta, viene a ser más o menos la que sigue: mientras antaño la honestidad sobrepujo en importancia a la libertad sexual, sin que ésta, empero, dejase de vivir en aquélla, los miembros de la relación quedan hoy invertidos en beneficio de la última. Sólo que lo que resta de la honestidad en el tenor de las nuevas disposiciones tiene un corte, antes que moral, morali (p. 244) zante, rémora acaso más anacrónica que los tan criticados ingredientes empírico culturales propios de la vieja configuración. Éstos, como se dijo, no eran poso en que sedimentase materia destinada a enrigidecer, anclando la inteligencia de la ley a las concepciones del pasado. Celebramos su supresión en virtud de otra causa, la hendidura que, en definitiva, abrían en el principio de igualdad ante la ley. Mas no significa que podamos aplaudir el mal disimulado castigo de la sodomía -nuevo atropello al esencialísimo principio- o el galimatías de una trata voluntaria de individuos adultos, que una y otra cosa la reforma establece o perpetúa. Pues ésta es materia momificada y, en la aplicación de las leyes, ya no tiene arreglo.

Cuestiones de técnica y estilo conspiraron contra una mejor estructuración de los tipos delictivos. Lo que se adelanta en el régimen de la violación y el estupro, que muestran un aspecto más moderno y congruente con las necesidades de la hora, resulta opacado por cláusulas oscuras, palabras de significado vaporoso, sintaxis deficiente o adocenada, cuando no un franco uso inapropiado del castellano, todo lo cual cristaliza a la perfección en los abusos sexuales y la corrupción de menores, auténtico *rebus* de la reforma. Tampoco sobresale en ésta el sentido de coherencia y proporción, de lo que son testimonio, no sólo el sistema de puniciones, sino los propios delitos, aisladamente considerados y en sus relaciones recíprocas. Reconócese en ellos mucho de lo que en Italia llaman *tipo emergenziale di reato*. "Éste se pone al lado de los tradicionales tipos delictivos, modelados en un sentido garantista, formal y substancial, según los esquemas del Estado social de Derecho. El tipo 'de emergencia', en cambio, presenta constantemente estas características: imprecisión, caos, rigorismo represivo, simbolismo estéril. En él, por lo común, a la pérdida en términos de garantías se adjunta la modestia de los resultados en el plano de la eficacia"¹³⁶.

¹³⁶ MOCCIA, p. 395.

Cuánto deba la ley modificativa a los modelos que tomó como norte, habrá que dejarlo a otros. Nuestra opinión es que su apego a la reforma española de 1989 y, en medida menor, el Código alemán, le juega a menudo malas pasadas. Claro que si de modelos para este tema se trata, los hay peores. Basta pensar en las “agresiones sexuales” del nuevo Código de España o la “violencia sexual” de la reforma italiana -un *ejemplo paradigmático de chapucería legislativa*, al decir de Sergio Moccia-. No hemos llegado a tanto, Dios nos asista. Suena paradójico que el recio nervio de un Código hecho para perdurar lo salve, en una operación de remozamiento, de estragos más graves. Pero, como la de los hombres, la historia de las leyes tiene también sus paradojas.