

A mis padres y L. Eduardo.

1-293782

TUCH. DEE
L412cp
1989 I
C.1

MEMORIA DE TITULO PARA OPTAR AL GRADO DE

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

"CONCEPTO DE PUDOR Y BUENAS COSTUMBRES
EN LOS DELITOS ATENTATORIOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y
LA MORALIDAD PUBLICA"



Profesor Guía: Don Hugo Rivera Villalobos.

Postulante: Rosario Lavín Cariola.

1989

24505



INTRODUCCION

El Código Penal contempla en el título VII sobre "crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y moralidad pública" el párrafo 8, el cual se refiere a los "ultrajes públicos a las buenas costumbres". En dicho acápite el art. 373 señala: "Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia...". Esta norma la ha establecido el legislador con el fin de proteger los bienes jurídicos de "pudor" y "buenas costumbres", conceptos de carácter amplio y relativo, otros de tantos que existieran en nuestra legislación y en las extranjeras (1).

De este modo se ha contemplado en la ley un tipo penal abierto de aquellos que vulneran, de cierto modo, el principio de la legalidad o reserva, ya que por éste es necesario que la ley penal se refiera a hechos concretos, de tal modo que la acción del sujeto activo se encuadre perfectamente dentro del tipo penal para que sea sancionado.

La tipicidad obedece, entonces, a un criterio objetivo, sin embargo, en el delito que estudiamos, para determinar si existe o no tipicidad, debemos entrar a establecer si efectivamente se ha cometido un atentado contra el pudor o las buenas costumbres, para lo cual, a su vez, habrá que darle un contenido a di-

(1) V.gr. El Código penal francés, arts. 287 y 289, habla de "buenas costumbres"; el Código penal sueco, cap. XVIII, párrafo XIII se refiere a los "escritos, pinturas o imágenes que hiriesen el pudor o la moralidad"; el código penal alemán, art.183, pena los "atentados al pudor"; el código mexicano, art.787, sanciona los "ultrajes a la moralidad pública o las buenas costumbres, ejecutando una acción impúdica en un lugar público".

chos conceptos, tarea no poco difícil si se piensa, y como aparece a primera vista, que son valores que, al manifestarse en el hombre, han sufrido múltiples cambios, tanto en el aspecto espacial como temporal. Sucede entonces que, en la práctica, será el juez quien determine el contenido de dichos conceptos.

La intención de esta monografía es buscar, o intentar hacerlo, parámetros objetivos de medición que puedan ayudar al sentenciador, en el caso concreto, a determinar cuando se ha dañado efectivamente los bienes jurídicos pudor y buenas costumbres.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

A.- NORMAS POSITIVAS RELACIONADAS.

1.- Artículo 373 .

El Código penal chileno contempla en su art.373 una de las normas que sancionan los ultrajes públicos a las buenas costumbres y señala: "Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos expresamente en otros artículos de este código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimos a medio".

Debemos tener presente que es una figura subsidiaria ya que sanciona las ofensas al pudor o a las buenas costumbres que se produzcan con ciertos hechos "no comprendidos expresamente en otros artículos de este código", en consecuencia , la protección a estos bienes jurídicos no sólo se busca a través de esta norma, sino que además con otras que se encuentran a lo largo de todo el Código penal sancionando dichas infracciones de un modo directo o indirecto, pero que, en cada caso concreto, el disvalor de acto es mayor y ataca en forma clara y precisa otros valores, más definidos que los que estamos estudiando, razón por la cual el legisla-

ador los ha regulado en otros títulos; como son por ejemplo, el adulterio, la violación, el estupro, etc.

En la legislación penal romana eran considerados como atentados al "pudor de la mujer" el "adulterium" y "el stuprum", los cuales eran regulados, en un principio, en distinta forma según se tratase de mujeres o de hombres y de si éstos eran libres o no.

Era el derecho doméstico el que debía garantizar las obligaciones morales de los componentes de la sociedad romana; por un lado la mujer libre no podía tener contacto sexual con nadie mientras no contrajera matrimonio y cuando lo hiciera, sólo con su marido; por el otro, el hombre únicamente tenía como límite la honestidad de las doncellas y las que fueran esposas de otros.

Todo esto se relajó durante la República, la adúltera era sancionada con desventajas respecto de la dote, las acciones penales pertinentes no se dirigían en su contra sino en casos de grave escándalo público "por tal motivo sólo hasta cierto punto se puede decir que se atendía con ellas a prevenir los atentados al pudor, y antes bien cabe asegurar que la laxitud con que se condujo la República respecto de tales atentados contribuyó no poco a la relajación general de las buenas costumbres ya que el impudor se presentará en público de manera descarada " (2).

Si bien a fines de la República el nuevo sistema criminal no incluyó como delitos las ofensas a la honestidad, Augusto publicó la Lex Julia sobre el adulterio, la cual sancionaba penal-

(2) MOMMSEN, Teodoro; "Derecho Penal Romano", t. II, (Casa Edit. La España Moderna, Madrid, s/f), p. 162.

mente las ofensas a la castidad.

Dentro de la historia de la Legislación Española encontramos que en la Novísima Recopilación en su último libro, título XXV, se encuentra una pragmática dictada por Felipe II en el año 1564, el bien jurídico protegido es el pudor público, el cual puede verse lesionado por "palabras o cantares sucios y deshonestos, sea en calles, playas y caminos", "se perciben ya algunos rasgos que caracterizan el correspondiente tipo en su concepción actual: la publicidad determinada por el lugar en que se cometió el delito y la ausencia de lesión a persona concreta y determinada" (3).

Nuestro cuerpo legal ha basado la norma en estudio en la contenida en el artículo 374 del código penal español de 1850 que señala "Serán condenados con la pena de arresto mayor a prisión correccional y reprehensión pública los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres, con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este código". (4).

Como aparece claramente la comisión redactora sólo se limitó a copiar la norma española sin entrar a delimitar, en las sesiones pertinentes, el contenido de los conceptos pudor y buenas costumbres.

Sin embargo, la doctrina ha pretendido llenar este vacío legal, intentando aclarar los diversos problemas que de esta re -

(3) ORTIZ ROMERO, Eduardo; "El delito de ultraje público a las buenas costumbres", memoria de prueba, U. de Chile, (Stgo, Chile, 1967), p. 33.

(4) VERDUGO MARINKOVIC, Mario; "Código Penal", t. III, (Edit. Jurídica, Stgo., Chile, 1986).

dacción surgen.

En un principio, y apartándonos de la antigua discusión en torno a que materias implica la expresión "buenas costumbres", se ha concluido que ella se refiere, en esta norma, al ámbito puramente sexual, dejando de lado otros aspectos que ordinariamente se entienden comprendidos en dicho concepto.

Alfredo Etcheberry ha señalado que "en el concepto de las "buenas costumbres" consideramos incluidos aquí la honestidad y la moralidad pública, o sea, tanto la observancia de ciertas reglas de comportamiento público en materia sexual, como el derecho de todos los ciudadanos que se observen dichas reglas y que se respeten sus sentimientos relativos al ejercicio público de la actividad sexual..." (5), da, de este modo, un contenido objetivo y subjetivo a la norma.

Respecto del sujeto pasivo, también aparece claro que se trata de la comunidad toda. La circunstancia que el afectado sea un particular, haría que sólo existiera un delito de esta clase cuando se produjera con él, una ofensa de tipo social. Debe tenerse claro que el párrafo se refiere a los "ultrajes públicos" y que el tipo penal exige que se trate de "hechos de grave escándalo o trascendencia", en consecuencia, si el ofendido es un individuo al que se le ha ultrajado su pudor o buenas costumbres en forma privada y sin que haya trascendido al resto de la comunidad, no estaríamos ante un delito sancionado por esta norma. (6) (7)

(5) "Derecho Penal", t. IV, Parte Especial, (Edit. Carlos E. Gibbs., Santiago, Chile), p. 69.

(6) La jurisprudencia española ha considerado que también hay trascendencia o grave escándalo cuando éstos se producen con posterioridad e incluso por la publicidad que se dé de ese hecho.

(7) Vid. Nota 127.

La finalidad de la norma es proteger los bienes jurídicos "pudor" y "buenas costumbres" en cuanto su lesión afecta a la sociedad. En forma más exacta, don Gustavo Labatut señala que "todos los delitos contra la moralidad que hemos estudiado afectan a la honestidad de persona determinada, éste, en cambio, y la pornografía, que veremos a continuación, atentan principalmente, por no decir de manera exclusiva, en contra de la sociedad en general"(8). Sin embargo, no por ello se ha desprotegido el pudor individual. por el contrario, se dice que el legislador se refiere al "pudor" como "pudor individual" y a las "buenas costumbres" como "pudor colectivo". (9)

Esta precisión no carece de trascendencia en cuanto será un factor importante para darle un contenido a los conceptos de "pudor" y "buenas costumbres". En este sentido Jimenez de Asúa nos señala: "El art. 128 del código penal, que es el esgrimido contra libros, publicaciones, imágenes, etc. pretendidamente obscenas, trata de proteger el interés jurídico del pudor público. No resguarda por ende, el bien individual del pudor del individuo, como el estupro, la corrupción, etc. a que el código se refiere al configurar los "delitos contra la honestidad", sino como dice Ernesto V. Ure, el de la "mayoría de los componentes de la sociedad". Por eso el Tribunal de Milán declaró que el pudor ofendido debe ser el "pudor medio", apreciado según el sentimiento común, alejado del puritanismo exagerado y de la desenfrenada torpeza."(10)

(8) "Derecho Penal", t. II, Parta Especial, (Edit. Jurídica, Santiago, Chile, 1977), p. 160.

(9) Vid. Nro. 5, letra B, Cap. IV.

(10) JIMENEZ DE ASUA, Luis; "El Criminalista", t.V. 2da. Serie, (Victor P. de Zavalia Edit., Bs. As., Argentina, 1961), p. 134.

Sin embargo, el problema no es de tan fácil solución, ya que si bien esta circunstancia ayuda, por un lado, a determinar estos conceptos; por otro, el hecho de que deben ser considerados en el ámbito de "público" , hace apartarse de los posibles rasgos objetivos que ellos se pueda llegar a obtener.

Este tema requiere un análisis extenso, por lo cual se desarrollará más adelante en un capítulo especial.

Si bien es cierto que la doctrina ha analizado esta norma, delimitado su alcance y pretendido dar un contenido a los conceptos en estudio basándose en distintos criterios; la verdad, es que siempre se ha concluido la relatividad de ellos, entregando su determinación al Juez para cada caso concreto y dándole, a lo sumo, diferentes puntos de referencia.

2.- Artículo 374.

La segunda y última norma de este párrafo señala: "El que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres, será condenado a las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 6 a 10 sueldos vitales".

"En las mismas penas incurrirá el autor del manuscrito de la figura o de la estampa o el que los hubiere reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta".

La acción típica se encuentra en este caso perfectamente determinada: vender, distribuir o exhibir canciones folletos u otros escritos , impresos o no , figuras o estampas, y crear o reproducir el manuscrito , la figura o estampa ; ya no se trata del

que de "cualquier modo" como señala el art. 373. Debe haber siempre una ofensa a las buenas costumbres, sin interesar que exista o no grave escándalo o trascendencia.

Bajo estos aspectos , esta norma es mas objetiva que la anteriormente estudiada, sin embargo, subsiste el problema de determinar el contenido del concepto "Buenas costumbres" en cuanto, únicamente cuando las canciones, folletos u otros escritos, figuras o estampas sean contrarias a las buenas costumbres existirá delito.

La norma tiene su origen en los artículos 383 y 384 del código penal belga, el primero de los cuales señala : "Todo individuo que hubiere exhibido, vendido o distribuido canciones, panfletos u otros escritos impresos o no, y figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres será condenado a prisión de ocho días a seis meses y a multa de 26 a 500 francos". Finalmente, el artículo 384 se relaciona con el inciso segundo en nuestra norma: "En el caso previsto en el artículo precedente, el autor del escrito , de la figura o de la estampa o el que hubiere impreso o reproducido por un procedimiento artistico cualquiera, será castigado con una prisión de un mes a un año y con una multa de 50 a 100 francos".

Las diferencias introducidas por la comisión redactora son mínimas y dicen relación con la pena, toda vez que se aplicó la misma sanción al que vende, distribuye o exhibe como al autor de ellas o al que las reproduce, a diferencia del código penal belga que castiga en mayor medida a estos últimos que a los primeros.

En cuanto a la imprenta de este tipo de elementos, no se tipifica como delito en este artículo, excluyéndolo expresamente, ya que la ley sobre abusos de publicidad Nro. 16.643 de 1967, contempla en forma específica en su artículo 20 (que se encuentra ubicado dentro del título III, sobre "delitos cometidos por medios de imprenta u otra forma de difusión", párrafo III "delitos contra las buenas costumbres"), inciso primero señala : "El que cometiere el delito de ultraje a las buenas costumbres por alguno de los medios enunciados en el artículo 16 , será castigado con reclusión menor en su grado mínimo y multa de 1 a 40 sueldos vitales". Luego establece casos específicos en los que se entiende haberse cometido ultrajes públicos a las buenas costumbres. En el art. 16 se señalan cuales se consideran medios de difusión según esta ley.

En ninguna parte de ella se ha definido los conceptos de "pudor" o de "buenas costumbres", solo se limita a sancionar aquellos actos, cometidos por medio de imprenta o de difusión, que atentan contra ellos. En definitiva, el problema sigue siendo el mismo , lo único que ha variado es la acción con que se ultrajará públicamente a las buenas costumbres.

Todo lo dicho respecto del art. 373 en cuanto al sentido sexual que se le dió al concepto, excluyendo otro tipo de comportamiento; al contenido objetivo y subjetivo de la norma y al sujeto pasivo del delito, se mantiene, en su totalidad, para esta disposición.

Sin embargo, existe una diferencia , este tipo penal no requiere que haya "grave escándalo o trascendencia" , basta con que se venda, distribuya o exhiba , se escriba el manuscrito , se

dibuje la figura o estampa , o se reproduzca. Existe aquí una especie de delito de peligro respecto de la comunidad toda vez que al no exigirse, por este tipo penal , grave escándalo o trascendencia, no significa que ellas no se producirán, lo cual es precisamente lo que se pretende evitar.

B.- Razones jurídicas y sociológicas que sirven de fundamento a
los delitos sexuales.

Esta materia ha sido muy discutida por la naturaleza misma del problema , ya que, al investigar las razones de una norma legal con características de normas morales, se corre el riesgo de encontrar fundamentos de carácter ético, equivocando así la finalidad del estudio en cuestión.

Buscar el porqué de una disposición legal, equivaldría a intentar hallar el objeto jurídico protegido. Sin embargo, nuestra intención es ir más allá aún, es tratar de descubrir explicaciones de un carácter mas bien "científico" que puedan justificar la existencia de la norma.

Diez Ripollés plantea el problema con dos interrogantes: "Qué se trata de impedir con la punición de lo que va contra el pudor? Cuáles son esas consecuencias antisociales, y en qué consiste la corrupción sexual y las malas costumbres?". (11)

De Guzmán se plantea en su obra sobre "Delitos Sexuales":

(11) "Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras", (Edit. Bosch; Barcelona, s/a), p. 33.

Qué viene a ser el pudor? Cuál es su explicación genética? Cómo se justifica su defensa individual o colectiva? (12).

La relatividad de los conceptos morales empleados es manifiesta, más aún en un estudio espacial y temporal de las normas de conducta y su valoración social. Raimundo del Rio nos señala de un modo claro : "Los preceptos morales no han sido siempre los mismos. Hechos que constituyeron graves faltas, como la adoración de dioses extranjeros, el préstamo de dinero a interés , el ejercicio de determinadas funciones sexuales en determinadas épocas de festividades religiosas, etc. hoy no lo constituyen; y a la inversa, hechos que hoy se estiman inmorales, como el robo o el homicidio y el rapto, sólo significaron en muchas sociedades primitivas, expresiones encomiables de fuerza, inteligencia o de valor" (13), luego agrega: "...todavía más, dentro de una misma época encontramos diversidad de criterios para la apreciación moral de los hechos..." (14).

Qué es entonces lo que en nuestra sociedad, tal como se encuentra concebida hoy en día, se persigue al establecer este tipo de normas dentro de su ordenamiento jurídico?

La discusión ha sido larga y no se ha llegado aún a una solución determinante. La verdad es que son diversos los principios en los cuales se basan las distintas opiniones, razón por la cual se vislumbra una interminable cadena de argumentaciones y contra argumentaciones en relación a si existen o no dichas expli-

(12) (edit. Bibliográfica Argentina, Arg., Bs. As.), p. 85.

(13) "Derecho Penal", t. I La teoría y la Historia., (Edit. Nascimento, Santiago, Chile, 1935),p. 40.

(14) Ibid., p. 41.

caciones fundamentales.

Por un lado, ha sido demostrado con el devenir histórico, los efectos negativos que produce una moral sexual relajada en el ámbito sociológico. Por el otro, estas razones han sido rebatidas por aquellos que rechazan de plano que la inestabilidad social tenga su origen en la soltura moral y postulan una liberación en este aspecto, aduciendo que sólo se tratarían de simples "normas de conductas", dejando de lado el calificativo de "buenas".

A su vez, dichos postulados han sido contrargumentados con otros razonamientos, ahora, de carácter científico, que se refieren a las consecuencias negativas psíquicas individuales que necesariamente repercuten en la sociedad.

Los autores alemanes han dedicado una gran parte de su investigación en este sentido y han determinado que "las perturbaciones psíquicas que este tipo de delitos produce en el sujeto pasivo, la lesión de sentimientos, intranquilidad, inquietud, disgusto, crispación, repugnancia o aversión, asco, susto, miedo, angustia, conmoción psíquica que puede llevar a una lesión corporal" (15). De aquí que los alemanes sancionen en su Código Penal, en el art. 183 y ss., los crímenes y simples delitos contra la moralidad, que sería el bien jurídico protegido a su entender.

Se ha dicho, por otra parte, que esto no es tal, que dichas argumentaciones carecen de una base científica de tipo general y que si bien existen casos particulares, ellos no son suficientes para dar una conclusión absoluta.

(15) DIEZ RIPOLLES, op. cit.

Sin embargo, subsiste la preocupación por los efectos sociales de la pornografía, se dirá que ella "es dañosa intelectual, moral y hasta físicamente para las personas que entran en contacto con ella , favoreciendo su corrupción , depravación y la adquisición de vicios y perversiones..." (16).

Hasta el momento me he referido a los efectos negativos que este tipo de delito puede producir en los individuos en forma particular. No debe olvidarse que lo que la ley sanciona son los "ultrajes públicos", es decir, el sujeto pasivo es la sociedad toda. Sin embargo, la naturaleza del estudio a que nos hemos dedicado en este punto, buscar la razón, el fundamento, de la norma , exige descender a la base del problema , ya que al encontrar la raíz de éste, se podrá determinar , de un modo concreto, cuales son las repercusiones que , de estos delitos , el legislador quiere evitar.

"Se ha estimado que el pudor ha de ser protegido por la profunda utilidad social que posee, constituyendo un elemento que coadyuva a una normal convivencia social y unas regulares relaciones sociales, pues con su vigencia y, en especial, con su protección se garantiza un contexto social en que se respetan unos valores socialmente positivos de la sexualidad y se evita el desencadenamiento de una dinámica sexual llena de repercusiones antisociales... se recuerda que pudor no se protege en sí y por sí, sino que tal protección se fundamenta esencialmente en el valor instrumental que el pudor posee, como elemento que evita la corrupción social y, por tanto, la difusión de las malas costumbres..." (17).

(16) Ibid., p. 42.

(17) Ibid., p. 32

"Desde el punto de vista sociológico , constituyen los delitos sexuales, el conjunto de hechos que ofenden la libertad sexual o la individualidad, que por su anormalidad ponen en peligro los fines de la función sexual o tienden a la destrucción del individuo o de la especie - como señala Pozzolini -, ya que la ley tiene por finalidad -cual afirma Garraud- mantener las bases del patrimonio moral de la sociedad, bien sea procurando moralizar al individuo , reprimiendo sus pasiones y constriñéndole a vivir en consonancia con la vida humana, bien sea conservando la moralidad pública, que es garantía de toda civilización; proponiéndose, en consecuencia, cohibir todas las manifestaciones mórbidas o anormales que puedan comprometer el buen orden de las familias y de la sociedad..." (18).

Aparecen aquí algunas de estas razones "sociales" , de estos "males comunitarios", que se quieren evitar al establecer este tipo de normas, a saber: los fines de la función sexual, la integridad del individuo y de la especie, el buen orden de las familias y de la sociedad; señala, en consecuencia, que la moralidad pública es la garantía de toda civilización.

La jurisprudencia española ha sido mas específica en determinar cuales males se producian cuando se toleraban las ofensas al pudor y a las buenas costumbres, "...ha aludido también a planteamientos similares y ha prevenido frente a la desmoralización social, la perversión de los individuos y las costumbres, el mal ejemplo, los daños a la vida de relación y convivencia, la corrupción de la familia y la excitación de las pasiones..." (19).

(18) DE GUZMAO, op. cit., p. 92.

(19) DIEZ RIPOLLES, op. cit., p. 36.

El profesor Diez Ripollés, quien ha realizado un extenso y profundo estudio sobre esta materia, señala: "En resumidas cuentas... (lo que se teme)... es la difusión de estos efectos por todo el cuerpo social , saliendo de ámbitos sociales reducidos , produciendo un descenso generalizado del nivel moral de la población y propagando las malas costumbres, todo lo cual , sostienen algunos, llevan al socabamiento de los valores en que se basa la sociedad occidental y la decadencia de ella." (20)

Es interesante destacar este último punto. Si bien es cierto que a primera vista la moralidad aparece como algo relativo , tanto espacial como temporalmente , y aún dejando de lado la búsqueda de lo objetivo que ella pueda implicar, no debe olvidarse que la norma positiva debe ser estudiada considerando que ella se aplica en un lugar concreto y en un momento determinado. Nuestra sociedad se encuentra fuertemente influida por ciertas costumbres ancestrales, tan marcadas en su espíritu y mentalidad que la llevan a tener su estilo propio y definido ; más aún , podemos decir que la sociedad en que vivimos no sólo reviste el carácter de "occidental", sino que, más específicamente, la de nuestra propia nacionalidad. Cada país, en el cual debe aplicarse su normativa penal vigente, ha tomado las costumbres de una civilización, ya sea greco-romana u otra, y la ha adecuado a su propia idiosincracia, formando, de este modo, un conjunto de características que le son propias y únicas. No puede, en consecuencia, dejar de considerarse estas circunstancias al momento de interpretar y aplicar una norma en el caso concreto. Entiéndase bien, no se trata de hacer

(20) Ibid., p. 42.

un análisis de las costumbres o moral individual particular, sino más bien, de la moral de la comunidad, en cuanto es tal, por una serie de causas anteriores a ella misma. Sería absurdo apreciar la moralidad o inmoralidad de un acto realizado en nuestra comunidad a la luz de las costumbres polinésicas, no porque dichos actos sean absolutamente normales en esa sociedad, se deben dejar impunes dentro de la nuestra, y tampoco porque esa "normalidad" signifique, necesariamente, "moralidad", sino porque nuestra sociedad posee ciertos valores que deben ser protegidos por el legislador por serles inherentes a ella y considerados como buenos por sus integrantes.

En resumidas cuentas, cabe decir que la sociedad actual, a la cual se debe aplicar la norma en estudio, posee ciertos caracteres propios y principios particulares, en los cuales se fundamenta su unidad y estabilidad; aunque dichas pautas no lo sean de todas las comunidades del resto del orbe, no por ello deben ser despreciadas por el legislador o el intérprete sino protegidas, tanto, en cuanto a contemplarlas dentro de la normativa legal, como en el control de su acatamiento por los sujetos encargados del mantenimiento del orden e integridad social.

De esta forma, todo aquello que atente contra dichos principios, de un modo directo o indirecto, debe ser sancionado por las personas o instituciones que tengan autoridad para ello.

Entrando en un plano más concreto, podemos decir, de manera indiscutible, que son bases esenciales en nuestra sociedad, dentro de otras, la estabilidad, la integridad y el orden de las familias (como lo concibe la C.P.E. de 1980 y el mismo Código Pe-

nal).

La familia ha sido considerada "...por excelencia el principio de continuidad social y de la conservación de las tradiciones humanas ; constituye el elemento conservador de la civilización" (21) .

La importancia de la sexualidad al interior de la familia es evidente , por esta razón , ella "...ha sido estudiada en nuestros días más que en cualquier época. Estos estudios han subrayado la repercusión del sexo en el conjunto de la personalidad, no sólo física, sino también intelectual y moral: han hecho notar también hasta qué punto el hombre y la mujer se complementan el uno al otro desde todos los puntos de vista. De ello se deduce que la unión de los sexos no es solamente física ni se limita a las satisfacciones propiamente físicas de esa unión, sino que tiene un carácter moral que exige la unión de la vida, la vida común, la ayuda mutua en todas las actividades " (22).

Me he referido a la familia por ser ésta un valor indiscutido dentro de nuestra sociedad, sin embargo, existen muchos otros que pueden verse perjudicados por la flaccidez moral y que no he mencionado ya que significaría un arduo trabajo. A pesar de esto, a primera vista aparecen: el orden de vida individual, la integridad y dominio personal, la rectitud de acción y de pensamiento , el esfuerzo y constancia en el trabajo, etc., todos los cuales tienen repercusión en el plano social y en las instituciones intermedias. Estos valores pueden verse seriamente afectados

(21) LE CLERCQ, Jacques; "La Familia según el derecho natural", (Edit. Herder; Barcelona; España, 1979), p. 30.

(22) Ibid., p. 18.

por actos que atenten contra la moral sexual , específicamente delitos de pornografía , exhibicionismo, ataques al pudor y otros.

Son ellos, en definitiva, el objeto jurídico de la norma, aquellos motivos sociológicos que el legislador ha tenido en cuenta al sancionar los delitos sexuales.

Finalmente, quisiera destacar que es importante no olvidar estos fundamentos al momento de analizar una acción para determinar si se encuadra o no dentro del tipo penal, ya que constituyen un criterio esencial dentro de la política criminal para dicha operación.

Diez Ripollès, en su lenguaje claro y preciso, señala :
"La doctrina es consciente de que, para decidir si una conducta ha de ser penada o no, es insuficiente atender a un análisis del bien jurídico que se ha de proteger, sin más. Al lado de las argumentaciones referentes a éste y a sus diversos elementos es preciso que aparezca otro tipo de consideraciones de índole práctica"
(23).

C.- Planteamiento del problema.

De acuerdo a lo ya visto, nos encontramos ante el estudio de ciertos términos indefinidos cuyo alcance queremos determinar. Es importante establecer cuales son los efectos que

(23) "El derecho penal ante el sexo, límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual, (Casa Edit. Bosch, Barcelona, 1981), p. 242.

esta circunstancia produce.

El mayor y más importante conflicto dice relación con el principio de legalidad, indispensable en materia penal. "Si bien cabe argüir que la indeterminación legal existe en numerosas conductas penalmente sancionadas, no sólo por la vaguedad de los lenguajes naturales, sino por la necesaria estructura de los tipos que requieren complementación (posición de garante, cuidado debido), estos casos constituyen un "menoscabo lamentable en la determinación de la punibilidad propia de un Estado de derecho" (Welzel). La exigencia constitucional de la ley anterior, escrita y estricta, responde a la idea central de que los ciudadanos puedan reconocer cual es la conducta prohibida que hacer u omitir, propósito que no satisface el elemento central del artículo 128 del Código Penal" (Español) (24).

Aparte de vulnerarse el principio de la legalidad al utilizarse esta clase de conceptos, nos encontramos con graves problemas de índole práctico: Cómo aplicar la norma? Cuando sancionar y cuándo no? Qué sanción es prudente aplicar? Cómo sancionar?.

Surge aquí un primer asunto que veremos más adelante en forma detallada, cual es, la función del derecho ante este tipo de normas: educadora? o simplemente guardiana del orden social?. Según la posición que se adopte, serán las respuestas a estas preguntas.

Sin embargo, esto no es todo, existe el problema práctico de entregar a manos del juez la determinación del contenido

(24) BORINSKY, Carlos; Artículo "Revista Doctrina Penal", año 1986 (Edic. Depalma, Bs. As., Argentina, 1986), p. 87.

de este tipo de conceptos. Si bien es cierto que en la realidad el intérprete, en mayor o menor medida, la gran parte de las veces aplicará su apreciación personal para determinar si ha existido delito o no, si concurren ciertas atenuantes o eximentes, etc., siempre dentro del marco de la ley; en este caso dicha subjetividad es mucho mayor. Muñoz Conde precisa: "...se corre el peligro de confundir la moral individual del juez con la socialmente dominante y que aquél imponga en sus sentencias lo que no es más que su particular moral... Otras veces a través de la "vía administrativa", policía de moral y buenas costumbres, como se sancionan estos hechos, quebrantándose gravemente la libertad de expresión porque se intenta imponer "desde arriba" una moral que no tiene reflejo en la sociedad (censura cinematográfica, prensa, etc.)" (25).

Se observan en este sentido, la carencia en la ley de marcos de referencia para hacer esta valoración, este análisis del concepto, a fin de no caer en la subjetividad que tanto afecta al principio de la reserva y seguridad jurídica.

Intentar fijar conceptos objetivos, o simplemente algunos puntos determinados de referencia, implica una ardua labor, pero, a pesar de esto, y como ya se dijo, es el objetivo de la presente tesis. Sin embargo, estoy consciente de que cualquier conclusión a que se llegue puede ser, y seguramente lo será, objeto de múltiples críticas y oposiciones, ya que ésta es, precisamente, la tónica que caracteriza esta materia.

(25) "Derecho Penal", Parte Especial, 2da.edición, (Pub. U. de Sevilla, Sevilla, España, 1976), p. 344.

Existen, por otra parte problemas de política criminal, a saber: Cuándo le corresponde a la ley entrar a aplicar su normativa? Cuándo le cabe la intervención como "última ratio"? Cuándo la sanción es conveniente y cuándo pasa a producir un daño mayor que el bien perseguido?. Jiménez de Asúa, en forma acertada, ha señalado el efecto contraproducente que el censor o el juez obtiene: "Puede ser la sentencia o la prohibición la más eficaz propaganda, la más barata y difundida... El mal que veo en ello, es que esas intervenciones, si recayeran sobre una obra desprovista de méritos literarios, psicológicos o sociales, recibiría el espaldarazo de los guardianes del pudor y la moral, dando así fama a un autor que no la merezca..." (26)

En cuanto a la magnitud con que se debería aplicar la disposición: Qué pasaría si ésta fuera rigurosa o, por el contrario, nula o casi inexistente en la práctica jurídica? o más aún, si fuera eliminada del cuerpo legal mismo?.

Como se aprecia, existen multiplicidad de disyuntivas y, en consecuencia, gran variedad de respuestas que necesariamente, en mayor o menor medida, se contraponen entre sí, originando, de este modo, infinitas discusiones de carácter práctico y teórico.

A pesar de todo, es de trascendental importancia intentar llegar a un acuerdo en este sentido a fin de poder solucionar, aunque sea en parte, los conflictos originados por el tipo penal abierto que envuelve esta norma y sus consiguientes afectaciones a los principios que rigen el ordenamiento jurídico penal.

(26) Op. cit., p. 145.

CAPITULO II

EXPOSICION DE DIVERSAS TEORIAS DE LOS VALORES

A.- Introducci3n.

La verdad es que un estudio filos3fico profundo sobre teoria de los valores seria muy diflcil, por no decir imposible, de realizar en una tesis, mäs aün cuando el tema de ella dice relaci3n con la determinaci3n del alcance de los conceptos de pudor y buenas costumbres.

Sin embargo, no por ello deja de ser interesante un estudio sobre el pensamiento de distintos fil3sofos, los mäs significativos, sobre el tema, toda vez que la ley utiliza conceptos de caräcter 3tico dentro de su normativa.

Groizard ha sabido expresar cual es el fundamento del problema: "En ningün titulo de delincuencia, como la historia com- prueba, se corre tanto como en los actuales (delitos contra la honestidad) el riesgo de incurrir, al definirlos y castigarlos, en el trascendental error de confundir el delito con el pecado, la misi3n asc3tica de la moral y de la religi3n, con la misi3n pol- itica de la justicia criminal..." (27).

(27) GROIZARD Y GOMEZ DE LA SIERRA, Alejandro; "C3digo Penal de 1870 concordado y comentado", t. V, 2da. edici3n, (Est. Tipogräfi- co de los sucesores de A. Garcia, Madrid, España, 1913), p. 5.

El conflicto no se plantea sólo en el estrechísimo límite que existe entre delito y pecado, justicia humana y justicia divina; sino que además con la función que le corresponde a la ley dentro de este ámbito. Bien dice Mezger que "se ha abusado con frecuencia, en el pasado del derecho penal. Se debería tener siempre presente, por lo tanto, que todo derecho penal tiene una doble misión y a menudo contradictoria: la de luchar exitosa y eficientemente contra el delito y, al mismo tiempo, la de no descuidar nunca las exigencias y los dictados de la humanidad..."(28) más adelante agrega "Habrá jóvenes juristas -y no de los peores- que experimentarán, frente a estas transformaciones de los tiempos, una sensación amarga de inestabilidad. Ellos miran, no sin envidia, otras ciencias que se ocupan de asuntos más permanentes y estables. Deben estar ellos siempre supeditados al momento, al día, y a sus cambiantes exigencias?... No solamente lo que se repite, sino también lo que acontece una sola vez merece y debe ser investigado por la ciencia. Concretamente, ver y reconocer lo general, es y sigue siendo, en todas partes, el principal objetivo de la ciencia." (29)

Precisamente por esta causa, por la permanente mutabilidad del derecho penal, es que atrae la idea de hacer un estudio sobre los fundamentos mismos de la normativa a fin de descubrir lo permanente que existe tras esa inestabilidad.

El estudio de los valores representa una ardua labor ,

(28) MEZGER, Edmundo; "Derecho Penal", Parte General, traducción 6ta. edición 1955, (Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958), Introducción.

(29) Loc. cit.

casi sin fin, en razón de las múltiples corrientes de pensamientos existentes desde los inicios de la era filosòfica hasta nuestros días.

Queriendo destacar las más representativas y de mayor influencia en la historia del pensamiento occidental, he comenzado con Platòn y su idealismo; luego Santo Tomàs como representante del iusnaturalismo aristotèlico; exponente del positivismo lògico a A. John Ayer; y Emmanuel Kant como padre de la filosofia moderna. Finalmente harè una breve exposiciòn de la teoria de los valores a la luz del dercho penal en su relaciòn con los bienes juridicos.

B.- Partiendo desde el "Ideal platoniano", nos encontramos con la "Idea del Bien", de la cual emana todo lo bueno y a la cual todo tiende. Señala Platòn que "en los últimos límites del mundo inteligible està la idea del bien, que se percibe con trabajo, pero que no puede ser percibida sin concluir que ella es la causa primera de cuanto hay de bueno y de bello en el universo; que ella, en este mundo visible, produce la luz y el astro de quien la luz viene directamente; que en el mundo visible engendra la verdad y la inteligencia; que es preciso, en fin, tener puestos los ojos en esa idea, si queremos conducirnos cuerdamente en la vida pública y privada." (30)

Se presenta el problema de còmo conocer o "percibir" dicho "bien", para lo cual Platòn nos señala la "dialèctica" como ú-

(30) PLATON; "La República", Libro VII, traducciòn de Francisco Gallach Palès, (Editorial Nacional, Mèxico, 1966), p. 233.

nica ciencia capaz de "elevar la parte más noble del alma" para encontrar, de una manera sistemática, la esencia de cada cosa en sí, ya que cuando se toma por principio algo que no se conoce, y las conclusiones y proposiciones intermedias están ligadas a lo que se ignora, no hay posibilidad que dichas hipótesis constituyan una ciencia.

Postula además que la idea del bien es el objeto más sublime de los conocimientos, y que la justicia y las demás virtudes obtienen de ella toda su estabilidad y sus ventajas. Dentro de las "demás virtudes" se encuentran, entre otras, la moralidad.

De éste modo, siendo la moralidad y la justicia partes de la expresión de la "Idea de Bien", reflejarían ellas las características propias de su fuente; en lo que nos interesa propiamente: la inmutabilidad y la objetividad.

Como a su entender existe "lo Bueno" y "lo Bello" en sí y cada cosa, que es múltiple, corresponde a una Idea única que designa como "aquello que es"; nos encontramos con que cada acto moral corresponde a una idea única de lo Moral; bajo este principio entonces, no cabe una multiplicidad de moralidades; un acto será moral o inmoral según si se adapta o no a la Idea de ella.

Dentro de esta misma línea ha señalado que las cosas son vistas, pero no pensadas, y las Ideas, por el contrario, pensadas, pero no vistas. En este aspecto la Idea de Moral, por ser tal, sólo puede ser pensada; en consecuencia, malamente se podría obtener un concepto de la Idea de Moral a través de un análisis empírico, analítico o científico de la realidad existente.

Para obtener este conocimiento, señala a la dialéctica como único medio válido, pero es más exigente aún, ya que para él "lo que le confiere al alma la facultad de conocer es la Idea del Bien , y que esa misma Idea es el principio de la ciencia y de la verdad, en cuanto éstas pertenecen al dominio de la inteligencia", porque, "cuando ésta (el alma) fija sus miradas en objetos alumbrados por la verdad y por el ser, los ve claramente, los conoce y muestra estar dotada de inteligencia; mas, cuando vuelve su mirada a lo que está mezclado con tinieblas, a lo que nace y perece, tórbase su vista, se oscurece y sólo tiene opiniones que cambian a cada paso ; en una palabra, que parece completo desprovista de inteligencia" (31).

Finalmente, la importancia del conocimiento del bien, asume mayor magnitud cuando se trata de los gobernantes, a tal punto de señalar que las cosas justas y bellas no hallarán un guardián digno en aquél que ignore su relación con el bien.

Entra aquí, en un análisis de las virtudes que deben tener los gobernantes por la función misma que éste debe cumplir dentro de la sociedad. Esencial es su amor a la verdad y conocimiento del bien para poder elevar a toda la comunidad hacia ella. No se vislumbra, bajo ningún respecto, la circunstancia inversa, es decir, que el guardián dé a la sociedad lo que ésta le pida: "No es evidente que si alguien presenta ante esas asambleas (del pueblo) alguna obra de poesía o de arte, o algún proyecto de utilidad pública , constituye para él una verdadera necesidad la de conformarse a lo que el pueblo apruebe?. Ahora bien: Has oído ja-

(31) Ibid., Libro VI, p. 225.

más a un solo de los que el público componen, que pruebe de otra manera que con lamentables y ridículas razones que lo que tiene por bueno y honesto lo sea de veras?... Es posible que la multitud oiga de buen grado y mire como verdaderos principios como estos : que lo bello es uno y distinto de la multitud de cosas hermosas que hieren los sentidos; que toda esencia es simple e indivisible? ..." (32)

En resumidas cuentas, Platón sostiene que existen valores absolutos, objetivos, entre ellos la moral, constituidos por las ideas puras , las cuales son las únicas verdaderas ; que el hombre puede y debe llegar a ellas a través de la razón utilizando la dialéctica y que debe conformar su comportamiento a dichas verdades, tanto en la vida pública como privada.

Rechaza de este modo todo tipo de relativismos ; sólo existirían "ciertas verdades parciales", constituidas por partes de las verdades absolutas , pero que de ningún modo podrían ser contradictorias entre sí, sino que más bien, complementarias.

Aplicando estos principios al caso concreto, "la Moral" es una sola, la moral de cada individuo debe conformarse a "esa Moral", por ende, no es válido decir que existan morales individuales. Lo bueno o lo malo de un acto será tal en cuanto participe de las ideas del "Bien" o del "Mal" dejando de lado cualquier tipo de apreciación subjetiva en este sentido.

C.- Le corresponde a Santo Tomás de Aquino dar la influencia moderna al iusnaturalismo teleológico aristotélico.

(32) Ibid., p. 207.

Básicamente señala que las cosas tienden, en forma natural, a un fin último, cual es, su propia perfección; por otro lado, este bien último está representado por Dios como "El Bien Universal".

Nos encontramos con que existe, según Santo Tomás un sólo Bien Universal. En este sentido siempre se refiere a "El Bien", "El Bien Común", etc. Es decir, no existen multiplicidad de bienes, más aún, señala en forma categórica que "... es imposible que la felicidad del hombre este en algún bien creado. La felicidad, en efecto, es un bien perfecto que aquietta totalmente el apetito; de otro modo, si dejara algo apetecible, no sería el fin último. Pero el objeto de la voluntad, que es el apetito racional, es el bien universal, como el objeto de la inteligencia es la verdad universal. Por lo que es patente que nada puede aquietar la voluntad humana, sino el bien universal. Pero éste no se haya en algo creado sino sólo en Dios, porque toda creatura tiene una bondad participada. Luego sólo Dios puede colmar la voluntad del hombre." (33)

De este modo, están ordenados al mismo fin tanto aquellos seres que lo conocen como los que no, la diferencia está en que los primeros tienen la voluntad para lograr el fin, a la que Santo Tomás define como "el apetito del fin preconocido" y que sólo tiende a lo que tiene razón de bien, el cual es su propio objeto.

Sigue el mismo esquema al referirse al "Bien Común" y la Ley. "Es el último fin de la vida humana la felicidad o bien aventura, como ya dijimos. Por tanto, es necesario que la ley se

(33) S. T., I-II, q. 2, a. 8.

orienta principalmente al orden que tiende a la felicidad... un hombre es parte de la comunidad perfecta, es necesario, por tanto, que la ley específicamente contemple el orden hacia la felicidad común..." y citando a Aristóteles señala: "Son legalmente justas las normas que hacen y conservan la felicidad, y la felicidad de los particulares en la vida común de la ciudad". "De aquí es necesario concluir que, como la ley es tal según su ordenación al bien común, cualquier otro precepto de necesidad particular no tiene calidad de ley, sino en cuanto se ordena al bien común" (34).

No debe olvidarse que este "Bien" último es Dios, en consecuencia, si la ley es solo aquello que se ordena al bien común, únicamente sería ley la que se ordenara a Dios.

En la materia que nos preocupa, es interesante determinar que, a la luz de este pensamiento, una ley penal sólo será tal en cuanto se ordene a castigar conductas, y de este modo inhibirlas, que atenten contra el bien común, en consecuencia, para darle contenido a los conceptos, materia de nuestro estudio, se debería buscar, dentro del carácter teleológico de la norma, este mismo sentido. No se trata de sancionar ciertas conductas en forma arbitraria, sino que por el contrario, deben protegerse aquellos valores que tienden a la felicidad o bien común.

La felicidad individual es obtenida a través de la perfección personal a la cual se tiende en forma natural. De este modo, nos encontraríamos con que existe una especie de "moral natural" que se conforma a su vez a la "Ley Divina". Esta última es una sola y eterna, por ende, la moral, como expresión de esa "Ley";

(34) Ibid., q. 90, a. 2.

participa también de sus características, de esta manera, ella sería necesaria e inmutable.

El hombre puede aprehenderlas a través del conocimiento de la Ley Divina, la cual se manifiesta a las creaturas de una manera inherente a ella.

No existiría , en consecuencia , diversidad de morales. Si cada hombre tiende a la perfección, también lo hace hacia la moralidad. Sin embargo, esa "tendencia natural", podría verse desviada por diversos factores que producirían la ausencia de dicha moral, ya que lo "inmoral" no tendría sustancia en sí misma (del mismo modo como sucede con el mal).

Para Santo Tomás, la ética, como manifestación de Dios, es absoluta y no cabría entrar a analizar si una moral es buena o mala en cuanto la ética es en sí misma, por su propia naturaleza, buena; la otra, la mala, en realidad, simplemente no es.

Estos valores son descubiertos de un modo racional y actualizados por la voluntad, así se puede encontrar en cada caso concreto, aquello que nos llevará al fin último: la felicidad.

En definitiva una moral o ética, como norma de conducta, será buena sólo en cuanto se ordene a este fin último: la felicidad o bien, que no es de cualquier especie, sino aquella que conduce a la "felicidad o bien común", basada en la Ley Divina como fuente única, eterna e inmutable de moral.

D.- La filosofía iusnaturalista da paso al positivismo lógico. Ayer parte admitiendo que los conceptos éticos fundamentales son inanalizables porque no existen criterios que permitan a-

probar la validez de los juicios que aparecen y los determina como "seudo conceptos". Para él, la presencia de un símbolo ético en una proposición no añade nada a su contenido factual (35).

El centro de su postulado es que las afirmaciones de valor no tienen un carácter científico sino que puramente emotivo, pero, a diferencia del subjetivismo ortodoxo que señala que la verdad de un juicio de valor debe determinarse en relación al que los emite, Ayer enfatiza que ni aún eso es así ya que los juicios éticos no tienen validez objetiva de ninguna clase, razón por la cual es imposible encontrar un criterio para determinar la eficacia de dichos juicios.

En consecuencia, no se podría decir con validez, ni universal ni individual, que alguna acción sea buena o mala, ya que sólo se expresarían ciertos sentimientos morales y que, por ende, tampoco pueden contradecirse estas opiniones ya que dichas oposiciones únicamente serían nuevas manifestaciones de otros sentimientos morales. En este sentido, Ayer sostiene que las declaraciones éticas son expresiones y estimulantes de los sentimientos, que no implican, necesariamente, ninguna afirmación, de aquí la diferencia fundamental con los subjetivistas ordinarios, ya que no existiría nada objetivo, ni aún el sentimiento individual, con el cual determinar la veracidad de un juicio.

Para este filósofo, el razonamiento acerca de cuestiones morales sólo es posible si se presupone algún sistema de valores, y este análisis únicamente se referirá sobre cuestiones de hecho

(35) AYER, A. J.; "Lenguaje, Verdad y Lógica", (Editorial Martínez Roca S.A., Barcelona, España, 1971).

y no de principios éticos propiamente tales; porque, como se dijo, la disputa sobre cuestiones de valores no permite llegar a una conclusión única, ya que no existen parámetros objetivos para determinar la falsedad o veracidad de tal o cual valor, el cual, en realidad, tampoco existe.

Señala que si un hombre tiene ciertos principios morales, se le considera consecuente cuando su reacción ética ante algunos hechos o materias son de determinado modo, esto es lo que a lo sumo se le puede argüir ; pero de ninguna manera se podría hablar sobre la validez de ellos; solamente lo elogiaremos o condenaremos a la luz de nuestros propios sentimientos.

Le da a la ética, como rama del conocimiento, la categoría de un "departamento de la psicología y de la sociología"; la filosofía ética dice que los conceptos éticos son pseudo conceptos y por ende, inanalizables; la ciencia ética , como aquello que tendería a la elaboración de un "verdadero" sistema moral, no puede existir, por las razones ya analizadas; y tampoco puede decirse que cabría dentro de la "casuística" porque ella es solamente un sistema de investigación analítica y no una ciencia propiamente tal.

Finalmente, Ayer sostiene que los términos valorativos, además de ser un modo de expresión de sentimientos, sirven para provocarlos y para estimular la acción o para inhibirlas; más adelante señala que "una de las principales causas de la acción es el miedo, tanto consciente como inconsciente, al enojo de un dios, y el miedo a la hostilidad de la sociedad. Y ésta es realmente la razón por la cual los preceptos morales se presentan a ciertas gen-

tes como mandamientos "categòricos". Y descubre tambièn que el còdigo moral de una sociedad està, en parte, determinado por las creencias de la sociedad relativas a las condiciones de su propia felicidad, o, en otras palabras, que una sociedad tiende a alentar o desalentar un determinado tipo de conductas, mediante el empleo de sanciones morales, segùn parezca que aumente o disminuya la satisfacciòn de la sociedad como conjunto..." (36).

Resultaria inútil, entonces, intentar definir o buscar parámetros objetivos para determinar qué es una "buena costumbre" o darle un contenido al concepto "pudor". Mediante la normativa en estudio únicamente se estaría protegiendo las "costumbres" y el "pudor", la categoría de "bueno", en realidad, nada significaría; y lo que estos conceptos implican sería materia de la sociología y psicología.

Sin embargo, sería perfectamente válido, preestablecer un sistema de valores y luego hacer un análisis de hecho para determinar si una acción se adecúa o no a dicha normativa; y esto es, en definitiva, el sistema penal. El problema en este caso concreto, es que dicho sistema valorativo no se encuentra totalmente definido y se abren las puertas a la arbitrariedad de aquél que aplicará la norma.

Finalmente, este filósofo sostiene que los términos valóricos pueden ser utilizados para estimular o reprimir ciertas acciones. En consecuencia, ellos son un buen sistema para guiar la conducta de los ciudadanos hacia y dentro del orden social. A pesar de ello, los códigos morales no pasarían de ser sólo eso, no

(36) Ibid., p. 131.

revistiendo jamás el carácter de únicos o verdaderos.

E.- Emmanuel Kant representa, según los entendidos, el comienzo de la filosofía moderna. Este pensador, sin desconocer la posibilidad de la existencia del mundo físico, del orden moral, ni de Dios mismo, tampoco la afirma, por cuanto para él, las cosas no pueden conocerse en si mismas (noumeno), sino sólo en cuanto éstas "aparecen" (fenómeno) prescindiendo de lo que es; este conocimiento se logra solamente a través de las sensaciones subjetivas e intuiciones empíricas, nunca por la razón, de aquí que se diga que la "Crítica de la razón pura" es la muerte de la razón.

Entiéndase por "sensación" al efecto que un objeto produce sobre la facultad representativa, en cuanto somos afectados por él, prescindiendo de la naturaleza del "objeto afectante" y atendiendo únicamente al efecto que resulta en nosotros, es decir, a lo puramente subjetivo.

Distingue, como ya se dijo, entre las sensaciones y la intuición empírica o experimental; la primera es la representación interna de las cosas en cuanto conlleva una afectación del yo, y la segunda se refiere al objeto mismo, sea real o aparente.

La moral kantiana se basa en el principio de la razón práctica, cuyo fundamento es el "imperativo categórico" por el cual "se debe obrar de tal modo que pueda querer que lo que yo haga sea la ley universal de la naturaleza".

Dice Kant: "El hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en si mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no

sólo las dirigidas a si mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin ..." (37). Más adelante aclara que son "fines objetivos, esto es, cosas cuya existencia es en si misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada con valor absoluto". En consecuencia, el único valor absoluto es en el hombre, y en general todo ser racional; fuera de él, todas las "cosas", como seres irracionales, tienen un valor relativo, más claramente dice Kant: "La naturaleza racional existe como fin en si mismo".

Siguiendo el razonamiento, concluye su imperativo práctico: "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona del otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio"; de tal modo, que la voluntad de todo ser racional será "universalmente legisladora" y, como tal, estara sometida a la ley, porque se la considera legislándose a si misma.

En este aspecto, señala textualmente: "y no es de admirar, si consideramos todos los esfuerzos emprendidos hasta ahora para descubrir el principio de la moralidad, que todos hayan fallados necesariamente. Veíase el hombre atado por su propio deber a las leyes: mas nadie cayó en pensar que estaba sujeto a su propia legislación, si bien ésta es universal, y que estaba obligado solamente a obrar en conformidad con su propia voluntad legislado-

(37) "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", (Traducción M. García Morente, 5ta Edic., Espasa Calpe, Madrid, 1977), Las demás citas de este párrafo fueron extraídas de la misma obra, salvo en aquellos casos que se señale lo contrario.

ra, si bien ésta, según el fin natural, legisla universalmente."

De este modo, los seres racionales se han obligado a su propia legislación por el principio de la "autonomía de la voluntad", basándose siempre en el predicamento de que somos nuestro propio fin y en el imperativo categórico a que ya hicimos referencia. Sin embargo, este pensador agrega que "La moralidad es la condición bajo la cual el ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así, pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad".

Kant construye el concepto de Derecho buscando los caracteres que lo diferencian de la moral, especialmente en cuanto a los requisitos de exteriorización del primero, que no lo son necesariamente en el segundo; así, ha definido derecho como "El conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad" (38); de otra forma, el precepto fundamental del derecho sería: "Obra externamente de modo tal que tu libertad pueda conciliarse con la libertad ajena, según una ley universal".

Resumiendo, podría decirse que la moral de Kant es una moral individual con proyección universal, que no prescribe acciones determinadas, sino que da la norma general de ajustarse al deber, terminando por el concepto de persona moral como aquella que obra según la ley universal y la única de autodeterminarse.

Siendo la naturaleza racional, el hombre, el fin últi-

(38) "Introducción a la Teoría del Derecho" (Traducción de F. Gonzales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1978).

no de cada sujeto su actuar debe encaminarse hacia él. Si bien este filósofo no da normas precisas de conductas, entrega su determinación y cualificación a los propios individuos, de este modo no desconoce una cierta escala valórica, al menos en el aspecto individual.

Por otro lado si cada ser, por la autonomía de la voluntad, se impone sus propias leyes, en el aspecto moral sucede algo semejante; es decir, si cada persona concibe para sí algo como bueno, por la norma universal dada por Kant, ese bien también debe ser dado al otro en la misma medida; se forma así una especie de cuerpo de normas morales que cada sujeto tiene para sí y considera universal.

Juega la moral un papel trascendental en este estadio toda vez que ella es la condición "sine qua non" para que el ser racional, el hombre, pueda ser fin en sí mismo. Para Kant ésta sería ley universal.

Uniendo todo lo dicho al concepto que este autor ha dado de derecho y su precepto universal, como aquél que señala que se debe obrar de tal modo que la propia libertad pueda conciliarse con la libertad ajena, es indispensable que exista una unificación de pensamiento en torno a lo que se considera bueno o malo dentro de las conductas particulares para poder llegar a una perfecta convivencia en sociedad. Se creará así una escala moral social a la cual deberán ajustarse los diversos comportamientos individuales.

F.- Los valores constituyen, en materia penal, los bienes

juridicos protegidos por la ley. De modo inverso, se puede decir que por objeto jurídico del derecho penal "se entienden intereses vitales individuales, en los cuales encarnan concretamente los valores fundamentales de la convivencia y a los que, por consiguiente, el ordenamiento jurídico ha otorgado su reconocimiento". (39)

Francisco Grisolia señala que "el objeto jurídico del delito consiste, en términos generales, en aquel ente, interés o bien, protegido mediante la amenaza penal y del cual es titular el sujeto pasivo" (40). Más adelante, citando a Binding: "es bien todo aquello que desde el punto de vista del legislador, es importante para el orden jurídico y cuyo pacífico mantenimiento es asegurado mediante normas. Todo aquello que, aún cuando no constituye un derecho el legislador lo considera importante para la vida sana de la comunidad jurídica..." (41).

Estos bienes jurídicos constituyen el objeto de protección del derecho penal y, ésta, su principal función, ya que es indispensable, para evitar la comisión de atentados contra esos bienes, la aplicación de una sanción cada vez que éstos se produzcan.

Surgen aquí ciertos problemas, a saber: la determinación de qué valores se deben proteger, cómo se establecerá cuándo se ha cometido la infracción y cómo se sancionará ésta última.

(39) CURY URZUA, Enrique; "Derecho Penal", Parte General, t. I, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1982), p. 32.

(40) Artículo sobre el "Objeto Jurídico del delito"; Revista de Ciencias Penales, 3ra. Ep., Sep.- Dic., 1958, (Editorial Universitaria, Stgo., Chile), p. 5.

(41) Ibid., p. 11.

En el primer punto es donde radica una de las principales dificultades para el legislador, ya que si bien es cierto que la ley surge como un medio para la mantención de la unidad y del orden social, debe tenerse presente que una mala utilización de ella puede provocar la pérdida de su eficacia.

Por este motivo "la selección de los valores a los que se le otorgará tutela penal debe ser muy rigurosa." (42)

Como ya se ha dicho, existe un límite estrecho entre ley y moral, justicia humana y justicia divina; muchas veces ellos se mezclan y confunden, pero siempre conservan su propia identidad. "Aquellos valores que constituyen el fundamento de la elevación de un interés a la calidad de bien jurídico no tienen porque ser necesariamente de carácter moral. Muchos valores de la más alta significación moral no podrían ser defendidos o lo serían defectuosamente por la norma penal... Por consiguiente lo decisivo es, sin duda, la importancia social de los valores. Sin embargo, existe una conexión indiscutible entre ambos órdenes axiológicos, la cual se expresa, especialmente, en que la comunidad no toleraría la instauración de una tutela penal para mandatos o prohibiciones que contrastan con los dictados de dicha ética. Las normas morales no siempre están guarnecidas por las punitivas, pero no pueden ser vulneradas por ellas." (43)

Nos encontramos, entonces, que los valores (objetos jurídicos) del derecho penal, están constituidos por una serie de bienes, diversos de los que señala la moral, a veces coincidentes, otras no, pero que siempre conservan, o debieran conservar,

(42) CURY URZUA, op. cit., p. 25.

(43) Ibid., p. 33.

su individualidad. De otro modo, Grisolia nos dice: "Las proposiciones normativas o normas son prescripciones de conducta. Determinan como "debiendo ser" una conducta humana, desentendiéndose de sus reales conexiones psicofisiológicas (leyes naturales). Se refieren al comportamiento humano exigiendo modos determinados de conducirse." (44)

Enrique Cury señala que "La inmensa mayoría de los penalistas estamos de acuerdo en que la naturaleza de los valores necesitados de esta protección suplementaria es cambiante, como lo es la forma que adopta la estructura de una sociedad a lo largo del tiempo o, así mismo, la de dos sociedades contemporáneas." (45)

Aparece a primera vista, la relatividad que dichos bienes jurídicos revisten, toda vez que ellos cambian y varían tanto temporal como espacialmente.

Sin embargo, el mismo autor, más adelante señala que los bienes jurídicos "en cuanto son intereses vitales, ellos pre-existen a la consagración por el derecho, el cual se limita a conceder vigencia jurídica a los valores de que son manifestaciones. Así, la vida, la integridad corporal, la salud, el honor, la libertad, la probidad de los funcionarios públicos o la propiedad, existen y vales con independencia al ordenamiento jurídico que lo reconozca" (46).

Acepta, de este modo, que existen ciertos valores anteriores al derecho, es decir, que tienen validez propia. Dicha

(44) Op. cit., p. 40.

(45) Op. cit., p. 23.

(46) Ibid., pp. 32-33.

existencia es tal porque está en la naturaleza misma de la sociedad, pero antes aún, porque ellas dicen relación más particularmente con los integrantes de la comunidad: el hombre. Así, los ejemplos por él señalados tienen validez tanto a nivel social como individual: la vida, la integridad corporal, la salud, etc. Pero, más aún, es factible aseverar que carecerían de existencia social si no la tuvieran a nivel particular.

En consecuencia, la contradicción es más aparente que real. Sucede que hay valores, como los señalados, que subsistirán dentro de toda comunidad mientras ella se encuentre integrada por seres humanos; y los hay de aquellos que surgen como necesidades de una determinada estructura social y que, por ende, variarían cuando dicha estructura se modifique.

Se distinguen así, dos clases de valores: los inmutables y absolutos por un lado; y por el otro, los mutables y relativos. Los primeros deben ser siempre establecidos como bienes jurídicos dentro del ordenamiento legal penal, siendo así, objeto de su tutela; los segundos deben ser contemplados sólo cuando la organización que la comunidad tenga, lo exija.

De este segundo grupo surgirán las mayores dificultades en la determinación de cuáles bienes son necesarios tutelar por la justicia penal y cuáles no, es aquí donde estarán en juego una serie de principios de política criminal, a fin de evitar los perjuicios que podrían acarrear una errónea aplicación del poder punitivo del Estado.

Por otro lado, el primer tipo de valores a que nos referimos deben constituir siempre, por derecho propio, objeto ju-

ridico, no sólo en materia penal, sino de todo el ordenamiento legal, por la importancia que ellos revisten (47). Podrá variar el modo en que se protejan o cómo se contemplen, la forma de apreciar los actos que los infringan y las penas que a ellos se les deben aplicar, tanto en su naturaleza como magnitud.

El legislador realiza una especie de proceso de análisis de la realidad, un estudio empírico-histórico, y plasma el valor, así obtenido, como bien jurídico dentro de la normativa legal; para Grisolia "el derecho no hace otra cosa, mediante la valoración suplementaria de quienes lo generan, que adherir a esas valoraciones o interpretaciones contingentes, con lo cual las valoraciones sociales pasan a ser valoraciones jurídicas y los bienes sociales, bienes jurídicos, captados con la misma intencionalidad dirigida a encarnar valores en su interpretación humana más o menos afortunada y condicionada por iguales circunstancias del momento histórico" (48).

Más adelante agrega: "Tenemos, en efecto, que dentro del panorama total de la cultura, se inscriben una serie de valoraciones (bienes) que representan la realización de otros tantos fines del bien común (sentido teleológico de los valores). Cuando a una colectividad le interesa asegurar la realización de determinados fines que, en principio, podrían ser perseguidos por

(47) GRISOLIA, Francisco; op. cit., p. 75 : "... los bienes jurídicos nos conducen al complejo de la cultura (no a las normas de cultura) con su necesario equilibrio entre los intereses de la comunidad y del individuo. No se trata de desconocer la fuerza y el valor de los límites legales, sino penetrar en los fundamentos últimos del derecho, única manera de entenderlos e interpretarlos correctamente".

(48) Ibid., p. 44.

otros medios sociales, los recoge en normas jurídicas que imponen el cumplimiento coactivo de unas conductas adecuadas a dichos fines, a que, por lo menos, colocan los estímulos necesarios para que así ocurra (pena o ejecución forzada de la conducta sucedánea) " (49).

Sin embargo, para algunos autores esto no es así. Hay quienes desconocen la obligatoriedad de una acción con anterioridad a la norma, es decir, sólo es obligatorio o prohibido aquello que se encuentra plasmado en la ley. Esta corriente está constituida principalmente por los positivistas, uno de cuyos principales exponentes es Kelsen. Francisco Grisolia compendia sus postulados sobre la materia: "En resumen - dentro de un terreno rigurosamente lógico-formal - mientras las normas jurídicas implantan valores y no consecuencias, las normas jurídicas imputan consecuencias morales. Como corolario, el sentido de la norma jurídica, en cuanto jurídica, se agotaría con la imputación de una consecuencia a un antecedente. El deber ser axiológico y el deber ser jurídico serían dos categorías diferentes dentro del mundo de lo tético." (50)

Respecto del segundo problema señalado, es decir, sobre el cuándo sancionar, existen dos doctrinas: la causalista y la finalista. La primera, sanciona una acción atendiendo al disvalor de resultado; la segunda, persigue formar una especie de conciencia ético-social en la comunidad, por lo que un acto debe ser castigado por el disvalor de acción sin que el resultado jue-

(49) Ibid., p. 46.

(50) Ibid., p. 40

que un papel importante, únicamente interesa la "voluntad desobediente" a los mandatos y prohibiciones de la ley.

En la práctica este asunto va más allá, sea cual fuere el sistema a utilizarse, ya que ninguna de ellas da soluciones concretas al problema de determinar cuándo se debe sancionar un acto, prescindiendo de la acción del infractor, es decir, cuándo se considera que se ha contravenido la norma legal, y si en este proceso se debe atender solamente al elemento gramatical del precepto, o si se debe ir al objetivo querido por la norma, y con ello, a la finalidad misma del bien jurídico protegido por la ley. En este sentido el profesor Francisco Grisolia sostiene que "La norma contiene (implica) el juego del valor (bien jurídico tutelado) y el disvalor (respecto de la conducta lesiva de ese bien que se describe y a la cual debe adecuarse la conducta. Pero el juicio de disvalor, para afirmar objetivamente la anti-juricidad, resultante de comparar la voluntad (fin) de la norma (protección de un bien jurídico) y el resultado no querido por el derecho (efectiva lesión de ese bien jurídico) debe hacerse desde afuera y utilizarse como término de comparación la norma y el resultado producido en el mundo exterior. Sólo una vez establecida la efectiva lesión (o peligro) del bien protegido es posible afirmar el juicio de disvalor que funda la anti-juricidad. Y éste es el juicio sustancial." (51)

La atención al bien jurídico, tanto en cuanto a su protección como efectiva lesión o puesta en peligro, es esencial pa-

(51) Ibid., p. 75.

ra no caer en el formalismo de exigir sólo la adecuación de la conducta a la descripción típica; ya que no debe olvidarse que lo protegido con una norma penal no es la disposición misma sino un bien jurídico con existencia anterior e independiente a ella.

Surge en la práctica la dificultad de saber cuál es el bien jurídico que cada norma guarnece. Como ya se dijo, el bien jurídico plasma un valor social que se verá atacado cuando se infrinja la norma que lo ampara. No basta, en consecuencia, limitarse al estudio del bien jurídico en sí mismo (valor que la disposición penal protege en forma directa), sino que debe analizarse a la luz del valor social que éste conlleva (fin último perseguido por el legislador al estatuir la norma). Sería éste el primer medio de solución del problema a que nos referimos.

Por otro lado, dicho valor, ha sido contemplado como bien jurídico en múltiples otras normas dentro de todo el ordenamiento legal, lo cual también deberá tenerse presente en esta búsqueda. De aquí la importancia de mantener la unidad en el estudio de toda la normativa legal. Aparece así, para el juez, una ardua labor interpretativa, la cual es esencial para la correcta realización de la justicia.

Esto no es tan simple debido a la multiplicidad de valores que se conjugan en un mismo hecho, cómo deben sopesarse?, Grisolia nos dice que : "Establecido que el estudio aislado de las disposiciones penales no puede conducir a ningún resultado apreciable ni científica ni prácticamente y que, por consiguiente, los delitos sólo pueden ser estudiados por grupos organizados en sistemas, se plantea el problema de saber con arreglo a qué prin-

cipios se deben formar esos sistemas"(52), más adelante agrega:
"No se encuentra en el sistema positivo vigente ningún criterio
jurídico general y absoluto que sirva para establecer con rigor
científico una escala de valores de los bienes protegidos..."(53)

En definitiva, puede decirse que en el derecho penal,
los valores , contemplados como bienes jurídicos al interior del
sistema legal, son de fundamental importancia. Constituyen ellos
la razón de la norma y del derecho mismo. Tienen existencia pro-
pia y real. Su carácter objetivo estará dado por el fin persegui-
do por el legislador y, en el caso concreto, por la efectiva in-
fracción a la ley y lesión del bien protegido.

Así, la vinculación entre los dos problemas tratados
es evidente; determinados los valores que se quieren proteger,
se determinará que se ha cometido una infracción cuando éstas
los hayan dañado efectivamente o puesto en peligro.

El sistema sancionatorio dependerá de cada legislación,
pero es regla general que la escala de penas diga relación direc-
ta con la escala de valores que el legislador está protegiendo.

(52) Ibid., p. 83.

(53) Loc. cit.

CAPITULO III

BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS :

ORDEN DE LAS FAMILIAS Y MORALIDAD PUBLICA

A.- Introducción.

De acuerdo al sistema seguido por nuestro código penal, los bienes jurídicos protegidos, por regla general, son aquellos señalados en el título correspondiente, en el caso del título VII del libro II sería el "Orden de las familias y la moralidad pública".

El párrafo I sanciona el delito de aborto, el cual debió ser contemplado más correctamente en el título VIII del mismo libro, esto es, el que se refiere a los "Crímenes o simples delitos contra las personas" ya que el bien jurídico "vida" es de mayor importancia que los protegidos en el título VII (54). Sin embargo, el legislador, apartándose del sistema penal español y siguiendo al belga, lo coloca en la forma en que actualmente se

(54) Debe dejarse constancia que si bien el delito de aborto se encontraría mejor ubicado dentro del título VIII, en cuanto éste protege a las personas, más correcto aún sería insertarlo en un título que protegiera al bien jurídico "vida", el cual, al ser más limitado, sería más preciso. Digo que es más limitado en el sentido que no contemplaría otros delitos que no atentan contra la vida y que actualmente se encuentran dentro del título VIII del libro II, como son la injuria y la calumnia, y que por su naturaleza sólo atentan contra las personas en su vida privada y/o pública.

encuentra.

El párrafo II sanciona el abandono de niños y personas desvalidas ; se produce aquí una situación semejante a la anterior en cuanto existe una confusión en la escala valórica de los bienes jurídicos que el derecho penal protege. La verdad es que si bien nos encontramos ante un delito que puede atentar contra el orden de las familias o la moralidad pública, es de mucho mayor exactitud señalar que éste envuelve un peligro concreto para la vida del niño o de la persona desvalida , en consecuencia, el bien jurídico protegido en este caso es la vida.

En los párrafos siguientes el código penal sanciona una serie de delitos que atacan, ya sea a la familia o a la moralidad pública.

La familia puede ser objeto del delito bajo dos puntos de vista : en cuanto a su constitución y formación o mediante una alteración de la función sexual en su interior.

La doctrina ha dicho que dentro de los primeros encontramos los delitos contra el estado civil y la celebración de matrimonios ilegales. En los segundos, estaría el adulterio, el incesto, etc.

La moralidad pública ha sido protegida en dos aspectos; el primero, en el sentido de que la actividad sexual debe ser ejercida en forma decorosa ; y el segundo, en cuanto a la libertad sexual misma, la cual sólo es limitada por razones eugenésicas, biológicas y otras, por ejemplo, en doctrina comparada nos encontramos con la menor edad del ofendido o la fuerza que se ha empleado. En este último grupo se encuentra la violación, estupro,

rapto, abusos deshonestos, sodomía, etc.

Por otro lado, no deja de ser cierto que estos delitos a atentan también , de un modo no muy indirecto, contra el orden de las familias. Esta aseveración puede entenderse mejor en el estudio de cada delito en particular.

En el caso del rapto y de la violación es inminente la posibilidad de que, como producto de ella, se cree un ser el cual deberá ser introducido, de un modo u otro, en la familia de la mujer , con las consiguientes consecuencias de tipo moral o cuando menos pecuniarias, perturbando de así el orden natural de la familia primitiva.

En cuanto al incesto, la alteración del orden de la familia es evidente y casi no requiere explicación. Se produce aquí un transtorno en las funciones que a cada uno le corresponde dentro del grupo familiar ; no requiere efectos a posteriori como en el caso anterior, ya que la tipicidad misma del delito implica un quebrantamiento , en el orden material y moral, al interior de la familia. En consecuencia, existe un ataque directo a la institución cuyo orden se está protegiendo.

En los tres restantes delitos contemplados en el párrafo VI del mismo título, el estupro, corrupción de menores y abusos deshonestos, la alteración del orden de las familias no se produce de un modo tan directo como en el caso del adulterio, la celebración de matrimonios ilegales o del incesto; sin embargo, existe aquí un ataque directo a uno de los pilares fundamentales del matrimonio , base de la familia, cual es, la sexualidad, lo que puede producir una alteración profunda en el orden de una familia



ya constituida o por constituirse.

Por las razones ya expuestas, no es aventurado decir que los delitos contemplados en el párrafo VIII del título VII, esto es, los ultrajes públicos a las buenas costumbres, atentan también contra ambos bienes jurídicos; de un modo directo contra la moralidad pública, pero además constituye un peligro inminente contra el orden de las familias.

Si bien pueden existir detractores de esta tesis que sostengan que el bien jurídico protegido por el legislador, al sancionar este tipo de delitos, es solamente la moralidad pública, cabe señalar que son observaciones que no tienen un asidero legal ni racional por cuanto el legislador los contempla en el título VII y no hace distinción entre ellos; en otro aspecto, es perfectamente lógico sostener que el ordenamiento jurídico tiende por un lado, a sancionar los actos que atenten de un modo directo contra el orden de las familias, y por el otro, a aquellos que puedan poner en peligro dicho bien jurídico.

Este postulado tiene mayor respaldo aún si se piensa que ambos bienes jurídicos, orden de las familias y moralidad pública, están íntimamente relacionadas en cuanto a su protección mutua; en otras palabras, el resguardo penal que se le da a uno de ellos, es a la vez, una manera de proteger al otro de un modo más indirecto, pero que no por ello es ineficaz o inadecuado.

Francisco Grisolia en su artículo sobre el "Objeto Jurídico del Delito", citando a Mezger, señala: "La determinación y conocimiento del bien jurídico en referencia al tipo concreto se logra mediante la interpretación de la ley según las reglas ge -

nerales.

Pero el bien jurídico así obtenido constituye a su vez el más importante medio de interpretación en referencia a dicho tipo y a sus singulares características. Sólo del sentido de la "síntesis" (entendida como categoría) de la captación valorativa esencial del tipo lograda mediante la determinación del bien jurídico, irradia, a su vez, la necesaria claridad para la comprensión de las peculiaridades y características del tipo de que en concreto se trata" (55).

He aquí la importancia de determinar cuales bienes jurídicos se están protegiendo mediante la normativa en estudio; como ya se dijo, el "objeto jurídico del delito", es el "interés o bien, protegido mediante la amenaza penal y del cual es titular el sujeto pasivo" (56); de este modo, si los bienes jurídicos protegidos son el "orden de las familias" y "la moralidad pública", se hace indispensable un estudio acucioso de dichos bienes para obtener un mejor resultado en el estudio de los conceptos de pudor y buenas costumbres como valores sustentadores.

B.- Análisis expositivo del Concepto de Orden de las Familias (57)

1.- Concepto de familia.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua

(55) Op. cit., p. 79

(56) Ibid., p. 5.

(57) Todo lo dicho en cuanto a los orígenes y evolución de la familia se encuentran extraídos del Diccionario Jurídico Omeba.

ha definido familia como el "grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas", además la señala como el "número de criados de uno, aunque no vivan dentro de su casa", o como "el conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje".

La doctrina, en el Derecho Civil, la ha definido de un modo menos extenso que los conceptos dados, como el "conjunto de personas unidas por vínculo de parentesco y de matrimonio".

La familia es considerada como la institución histórica y jurídica más profundamente arraigada a lo largo de las distintas etapas de la civilización.

Sus orígenes se vislumbran ya en los principios de la humanidad. Primero, como una especie de clan formado por razones de defensa y de supervivencia; luego, por influencia del llamado "sentimiento familiar", dichos grupos se hicieron más reducidos y discriminatorios.

De ahí en adelante se inicia su evolución manifestando las más variadas formas y sistemas en las diferentes regiones del mundo.

En la etapa prehistórica, notamos en un comienzo que no existe ningún tipo de organización ni de trabas de tipo sexual.

Más adelante, los primeros grupos reciben el nombre de "familia consanguínea", que se caracterizaba porque las uniones se realizaban dentro de los integrantes de una misma línea colateral de parientes indistintamente, de tal modo que sólo los ascendientes y descendientes quedaban excluidos entre sí de las obligaciones matrimoniales. La "familia punalúa", un paso más evolucionaria-

da que la anterior, se caracterizaba por la unión de dos grupos, uno formado por hermanos y otro por hermanas (incluye primos de 4to. y 6to. grado en la línea colateral), los cuales debían descender de distintos ascendientes, siendo, para estos efectos, la mujer la que determinaba los grupos de "gens". Luego, en el proceso evolutivo, nos encontramos con la "familia sindiásmica", en la cual se vislumbran los comienzos de la monogamia a través de la formación de parejas estables sólo temporalmente.

En todos estos sistemas, desarrollados en las etapas de salvajismo y barbarismo, es a la mujer a la que le corresponde la economía familiar ; por lo general, la paternidad de un niño era desconocida y carecía de importancia , razón por la cual, el recién nacido permanecía en la familia de la madre, además, y por esta misma razón, el sistema sucesorio se practicaba por la vía materna.

Sin embargo, cuando se hizo necesario que fuera el hombre quien empezara a trabajar, por la fuerza física que esto exigía (economía basada en la pequeña ganadería), todo dió un vuelco: la mujer tomó un lugar secundario ; el hombre, al ver que las fortunas , al sucederse por la vía femenina se iban hacia familias extrañas (la de la pareja de sus hijas), obtuvo que la sucesión hereditaria se empezara a determinar por la vía paterna ; por este motivo de la certeza de la paternidad tomó importancia, y la mujer fue obligada a mantener la más estricta fidelidad a su marido. De este modo empieza la familia patriarcal.

Posteriormente se pasó a la familia monogámica tal como la conocemos hoy en día.

2.- La Familia a la luz de la Constitución Política del Estado.

La Constitución Política de 1980 consagra en su capítulo I, es decir, como base de la institucionalidad, en el artículo 1ero., inciso 2do., a la familia como "núcleo fundamental de la sociedad".

Más adelante, reconoce y asegura ciertos derechos inherentes a ella como son el "respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia" (58) y dentro del derecho a la educación : "el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos" (59) que tienen los padres.

Finalmente , de un modo general, y también dentro de las bases de la institucionalidad, en el artículo 8vo., protege a la familia en su integridad, sancionando a "todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia..."

La Constitución le ha dado a ella un papel de gran importancia y trascendencia dentro de la organización de la sociedad chilena, se la considera y determina como el "núcleo fundamental", colocándola así entre los hombres, elemento básico, y los grupos intermedios, todos los cuales tienen la protección del Estado.

El modo como se consagraría definitivamente esta protección dentro de la Carta fundamental, fue ampliamente debatido, entre otras , en la sesión Nro. 191 de la Comisión Constituyente.

Basándose en las disposiciones pertinentes de la decla-

(58) C.P.E. art.19, Nro. 4., inc. 1ero.

(59) C.P.E. art.19, Nro. 10., inc. 3ero.

ración Universal de los Derechos Humanos que señala que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado", se inicia la sesión discutiendo sobre si se debe proteger, a nivel constitucional, la integridad de la familia, según proposición que hiciera el señor Guzmán. Se deja en claro que esto no sería conveniente, menos aún entregarla a los miembros de la comunidad nacional como dicha propuesta postulaba.

El sr. Presidente de la Comisión, sr. Ortúzar, señaló que "...si se impone como un deber, se estaría prácticamente poniendo término incluso al divorcio que reconoce nuestra propia legislación, o sea, la separación de cuerpos" (60). Más adelante el sr. Ovalle señaló: "No se puede decir que la defensa de la integridad de la familia es un deber de los miembros de la comunidad nacional. Es un deber propio del orden moral" (61).

Se acuerda establecer, más que un precepto, una declaración en la cual se reconozca a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y se establezca un deber para el Estado de propender al fortalecimiento de su unidad.

Sin embargo, el debate se abre nuevamente a raíz del término "unidad" ya que, en definitiva, éste también presenta relación con la separación o el divorcio, los cuales, por las razones ya expuestas, no correspondería impedir de un modo tan absoluto por la vía constitucional.

En definitiva el texto es consagrado como actualmente se

(60) Actas Oficiales de la Comisión Constituyente; sesión 191, pág. 7).

(61) Ibid.

contempla en el inciso 2do. del art. 1ero. de la C.P.E. en relación con el inciso 5to. del mismo artículo que señala: "Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta..."

Es importante aclarar eso si, que si bien los términos "integridad" y "unidad" fueron excluidos por el problema que podían dar a lugar, y que ya se explicó, no por eso se ha dejado de lado la importancia que ello constituye. Una intervención del sr. Guzmán lo deja en claro "... a su juicio defender la "integridad" de la familia o de la institución familiar, equivale a defender la institución familiar, pues se le agrega solamente una nota característica que es inherente a ella, como a todo concepto, porque quien defiende un concepto, ha de defender la integridad de él, de manera que es casi redundante, porque es casi lo mismo..." (62).

Si bien el Estado no se obligó a mantener su unidad o su integridad, se autoimpuso el deber de protegerla y de propender a su fortalecimiento.

En concreto, la verdad es que en dichas sesiones no se discutió, ni en definitiva se consagró en la Constitución ninguna definición de familia, ni tampoco se le dió un contenido material a dicho concepto, limitándose a consagrarla como "núcleo fundamental de la sociedad"; habrá pues, que remitirse a los significados ya estudiados para lograrlo. Lo mismo deberá hacer el Tribunal Constitucional en el momento que deba pronunciarse res-

(62) Ibid., p. 23.

pecto de alguna de la normas que se refieran a esta materia, especialmente la del inciso 1ro. del art. 8vo. y la del art. 19 Nro. 4 inc. 1ro.

3.- Concepto de Orden.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua ha definido orden como "colocación de las cosas en el lugar que le corresponde"; "concierto, buena disposición de las cosas entre sí", éstos en cuanto a lo que nos interesa, ya que contiene otros que no son del caso analizar.

También se lo ha definido como "disposición o colocación sistemática de las cosas, de modo que cada una ocupa el lugar que le corresponde" (63).

La primera definición, si bien aparentemente es precisa y casi obvia, no aclara bien el problema porque surge la dificultad en torno a determinar cuál es el lugar que le corresponde a cada cosa; como se ve, el asunto no es de tan fácil solución.

Corresponder, es "estar en relación de proposición, de semejanza, de conformidad, de conveniencia, de simultaneidad, una cosa con otra" (64). Surge de aquí la necesidad de que existan al menos dos elementos, de modo que uno pueda "corresponder" al otro.

Llevando esta idea hacia el concepto estudiado, concluimos que, para que se pueda hablar de "orden", es necesario que

(63) Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española, t. II, (Editorial Ramon Sopena, S.A., Barcelona, 1974).

(64) Ibid.; t. I.

existan al menos dos elementos que se encuentren relacionados entre ellos, ya sea por proporción, semejanza, conformidad, conveniencia, o simultaneidad.

Sin embargo, la segunda de las definiciones dadas, es decir orden como concierto, buena disposición de las cosas entre sí, nos abre un poco más las puertas ya que nos da una visión valórica del problema en cuanto señala que esta correspondencia debe ser "buena" y las cosas son buenas en cuanto propenden al fin para el que fueron creadas o para el que existen.

En definitiva, orden sería "la disposición o colocación de las cosas en el lugar que les corresponde, entendiéndose dicha correspondencia como la relación entre dos o más cosas, de tal modo que la forma en que se dispusieron las lleva hacia el fin para el que fueron colocadas.

4.- Concepto de "Orden de las Familias".

Analizados ya, separadamente, los conceptos de "Orden" y de "Familia", nos corresponde ahora interrelacionar ambas ideas con el fin de obtener una noción global de la frase que contiene el bien jurídico protegido, esto es, el "orden de las familias".

Definido orden como la buena disposición de las cosas en el lugar que le corresponde en cuanto tienden al fin para el cual fueron colocadas; y familia como el grupo de personas vinculadas entre sí, ya sea por parentesco o matrimonio, y que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas; resulta fácil concebir al orden de las familias como aquella buena disposición de las diversas personas, relacionadas por parentesco o matrimonio, en

el lugar que le corresponde tanto funcional, espiritual como materialmente, dentro de la agrupación, tendiendo en forma individual y conjunta hacia el fin que les es propio.

Relacionando esto con lo dicho en referencia de la C.P. E., en que la familia es considerada como núcleo fundamental de la sociedad, es precisamente a eso a lo que ésta debe propender (fin propio), en consecuencia, es necesario que la disposición de las personas al interior del grupo sea de tal modo que la lleve a ser el elemento primordial de la sociedad.

Bajo otro punto de vista, el legislador, al sancionar los delitos que atenten contra el orden de las familias, castiga todos aquellos actos que constituyen una destrucción o un peligro concreto para el mantenimiento de ese orden en cuanto tienden a ese fin.

Dijimos también que el concepto familia, implicaba un todo, una cohesión, lo mismo sucede con el término núcleo; surge de aquí otra protección de la cual es objeto la familia y que va implícita en sí misma: su integridad, lo que hace que ella deba ser amparada, además, en ese aspecto, por ende, también debe ser objeto del Derecho Penal la mantención de dicha "unidad" o la propensión a ella.

Esto se desprende, no sólo de lo recién dicho, sino también como consecuencia del deber de mantener el "orden familiar" en la forma estudiada, ya que este mismo "orden" exige la cohesión a que nos referimos. En forma inversa, la desunión, la escisión, del grupo provocará, indefectiblemente, el desorden en su interior. De aquí lo señalado, no se trata de impedir la

disolución de la familia, ya que la ley no puede sobrepasar la C.P.E., pero si la de proteger dicha unión sancionando aquellos actos que tiendan a destruirla.

C.- Análisis expositivo del concepto de Moralidad Pública.

1.- Concepto de Moral.

La moral ha sido definida como todo aquello que concierne al fuero interno en oposición al orden jurídico y que es de apreciación del entendimiento o de la conciencia.

Raúl Goldstein señala que la moral es la "ciencia cuyo objeto es el estudio del bien, de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia. Descansa en postulados de orden psicológico y metafísico..." (65). Más adelante señala que los principios morales influyen en el derecho de manera indiscutible, pero que sin embargo, ellos no constituyen, en ningún caso, fuente del derecho penal.

Observamos que la idea de moral implica también un acto valórico, de aquí que si un acto no se adecúa a las reglas de "la moral" será inmoral o amoral según si simplemente se aleja de ellas o las desconoce absolutamente.

El problema consiste en darle un contenido a "lo moral" para poder determinar cuando un acto se conforma a ella. No basta decir que se debe actuar según los preceptos de la moral,

(65) GOLDSTEIN, Raúl; "Diccionario de Derecho Penal"; (Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962).

porque dichas normas morales no se encuentran consagradas materialmente en parte alguna ; tienen, por el contrario, un carácter completamente ideal, espiritual (66), su única fuente es la conciencia humana individual, de aquí la dificultad para darle un carácter absoluto a aquello que tiene diversos orígenes.

La noción reviste un carácter ético individual que abarca diversos ámbitos de la vida ; a nosotros nos interesa solamente la llamada "moral sexual " ya que es precisamente a este aspecto de ella al que se refiere el código penal al contemplarla, en cuanto pública , como bien jurídico protegido.

En este sentido, Díez Ripollés señala : "La noción de moral es ligada a planteamientos éticos y así se dirá que viene a expresar en este ámbito lo que la sociedad aprueba o desaprueba por ser éticosocialmente positivo o negativo, o bien que el sentimiento moral es el que exige que los hechos y acciones humanas no se alejen, en sus manifestaciones públicas, del respeto de aquellas normas y costumbres a las que la colectividad humana reconoce un significado y valor ético, o simplemente se trata del sentimiento ético de la comunidad en relación con los fenómenos sexuales..."(67). Más adelante agrega: "...precisando más aún se dirá que es una noción que, en el ámbito que nos movemos , se refiere al fenómeno sexual en la vida social, tratándose del orden moral social que encausa dentro de unos límites al instinto sexual de las personas, y que pretende una integración de la sexualidad, cocreadora decisiva de nuestra sociedad en la vida social, en el

(66) En oposición a material.

(67) Op. cit., "Exhibicionismo y pornografía... ", p. 11.

nivel cultural de la época " (68).

Aparece de manifiesto que es necesario un acto valórico para determinar la adecuación de una actitud o situación a la moral sexual. El profesor Diez Ripollès nos ha facilitado las cosas, como se carece de ese "manual de moral sexual" que nos indique que es lo correcto y que no lo es, crea una especie de "conciencia social" (69) al decir que la moral sexual expresa aquello que la sociedad aprueba o desaprueba por ser éticosocialmente positivo o negativo, y que la colectividad humana reconoce que ciertas normas o costumbres tienen un significado o valor ético y exige que los hechos y acciones humanas no se alejen de ellas.

En definitiva, para determinar si existe esa ordenación de los hechos a la moral sexual social, habrá que estarse a lo que la comunidad ha determinado como tal.

2.- Moral y Derecho.

Múltiples son los estudios sobre el derecho y la moral por su gran vinculación, tanto en cuanto a la materia que reglan, esto es, la acción humana, como a la forma esencial en que se manifiestan : la imperatividad. Todo lo cual lleva, en innumerables ocasiones , a una confusión de ambos reguladores de la conducta humana. Sin embargo, los caracteres que los diferencian son

(68) Loc. cit.

(69) Digo "conciencia social" ya que, como se señaló, la conciencia individual es fuente creadora de la moral, contralora de la sugestión de los actos a dicho normativa, y a la vez, la sancionadora. Del mismo modo, la conciencia social surgida de las conciencias individuales , controla los actos sexuales sociales, los juzga y los sanciona si no se adecúa a la normativa dada.

de gran magnitud, especialmente en el sistema sancionatorio de uno y otro .

La relación que debe existir entre ambos ha llevado a la formulación de las dos grandes doctrinas existentes sobre el tema y de las cuales derivan otras menores; a saber, el iusnaturalismo y el positivismo. En forma breve diré que el primero postula que el derecho positivo debe basarse en normas de Derecho Natural, de lo contrario , carece de valor; el segundo, sostiene que el derecho positivo tiene validez en si mismo y no requiere de ningún otro requisito que su consagración en la norma positiva.

En el Derecho Penal la vinculación entre moral y derecho ha existido desde los primeros tiempos, para el profesor Raimundo del Río, la moral ha ejercido una influencia considerable en el Derecho, entre otras razones, porque "no se concibe una sociedad, más o menos organizada en que el Derecho contradiga abiertamente a la moral ambiente" (70), más adelante agrega: "Sin embargo, no todos los preceptos morales de general aceptación forman parte de las legislaciones... En los orígenes, la confusión entre derecho y moral se presentan como una característica de la ley, pero en la medida que el Derecho evoluciona se deslindan los campos de uno y otro concepto y en la época posterior el legislador... sólo traduce a leyes aquellos cuyo cumplimiento o cuya infracción implica un interés o un perjuicio social" (71).

Para el profesor Eduardo Novoa el problema se presenta mucho más claro aún y la solución es tajante: " La ley positiva no está en aptitud de valorar un acto humano en su pleno sen-

(70) Op. cit., p. 42.

(71) Ibid.

tido ético y, mucho menos, para fijar una proporción entre su inmoralidad y el castigo que merece... El fundamento del juicio penal no puede ser juzgar el problema metafísico del bien y del mal y encontrar la exacta medida de la sanción que corresponde al hombre que actuó, sin adoptar medidas apropiadas para que se mantenga un orden de convivencia que permita el mejor desenvolvimiento humano individual y social" (72).

La verdad es que al Derecho Penal no puede juzgar con ciencias ; más aún , no le corresponde sancionar las ideas. Dentro del "iter criminis" , sabemos, la ley sólo debe castigar la exteriorización de ellas y únicamente cuando dichos actos se encuadren dentro del tipo expresamente contemplado en la norma, todo lo cual lo exige los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Según Novoa, los actos de los individuos al interior de la sociedad, deben ser de tal modo que le permitan "el mejor desenvolvimiento humano individual y social", de manera tal que si su comportamiento interrumpe esa convivencia debe ser sancionado ; pero va más allá aún, según manifiesta, le corresponde al derecho una labor a priori su papel sancionador, cual es, un rol de preventor, en cuanto señala que la ley positiva, juicio penal en este caso , debe adoptar medidas apropiadas para que se mantenga ese orden.

El problema se acentúa cuando es la misma ley positiva la que usa conceptos que requieren, necesariamente un juicio de valor

(72) "La evolución del Derecho Penal en el presente siglo", (Edit. Jurídica Venezolana, Carâcas, 1977), p. 38.

para poder establecer si un acto determinado ataca o no a dicha ordenación social. No se trata aquí de hacer un juicio a la conciencia del que ejecutó el acto, sino más bien a la "conciencia social", a la cual nos referimos con anterioridad, para determinar así si ha existido un ataque a la organización social.

Cabe señalar que se ha discutido si es que al derecho penal le corresponde o no un papel "educador", es decir, transformador de la sociedad hacia aquellas conductas que el legislador considera como correctas; o si sólo debe recoger en su normativa la realidad que se le presenta a través del comportamiento de los individuos a los cuales debe legislar. (73)

A mi parecer no puede, el derecho, adoptar tajantemente una u otra posición. El legislador no debe olvidar que su papel es el de regulador de conductas, siempre con el fin de mantener el orden social y las libertades individuales, de tal modo que se permita el desarrollo humano y social al interior de la agrupación. Para esto, debe, si es necesario, reprimir todos aquellos actos que atenten contra dicha organización, aunque ellos constituyan una situación, por decir, normal dentro de la conducta de los individuos que la conforman, en consecuencia, no puede a-

(73) Díez Ripollés en su obra sobre el derecho penal ante el sexo ya citada, señala en su cap. III las diversas posturas doctrinarias existentes en este aspecto. Las posturas explícitas sostienen que el derecho penal tiene una función propulsora y educadora, asignándole un carácter involutivo de las costumbres sociales la cual podrá evitarse atendiendo a valores fijos e inmutables, dándole a la norma penal, de este modo, una función ordenadora y moralizadora. Las posturas de las "personificaciones ideales" rechazan toda remisión a un dato extrapositivo y crean un arquetipo, una personificación ideal, para analizar este tipo de delitos. La postura de la "referencia a las convicciones generales" señala que hay que basarse en un "dato social objetivo, determinable empíricamente" en un lugar y momento histórico determinado. Finalmente señala la postura de la "referencia a los criterios científicos"

coger, porque constituyan una "realidad" , en su normativa , cualquier tipo de situación que altere dicho orden.

Desde la otra perspectiva , y siguiendo el mismo principio de la función que tiene el derecho al interior de la sociedad, puede decirse que le corresponde a la ley un rol de tipo "educador", pero siempre con ciertas limitaciones a fin de no incurrir en los excesos que se han producido en algunos estados totalitarios: estas limitaciones estarían constituidas por el bien común, normas de derecho Universal y las costumbres que se encuentren profundamente arraigadas en el pueblo, todo esto en un marco de racionalidad que permita que ese precepto sea aceptado por la comunidad a la cual se pretende aplicar.

3.- Concepto de Público.

Se ha entendido como público todo aquello que es notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos o pertenece a todos.

Aparecen como elementos esenciales, primero, la existencia de algo, de aquello "que es" , lo que será objeto del conocimiento, "lo notorio", "lo patente", etc. ; segundo, la totalidad de individuos o sujetos pertenecientes al grupo ; finalmente, la relación que existe entre esa "totalidad de sujetos" y "aquello que es" , la cual puede revestir múltiples aspectos.

El primero de estos elementos puede tener o no un carácter material. Más fácil resulta comprender esto en los casos con-----
según la cual el derecho penal debe basar su normativa en realidades estudiadas a través de distintas disciplinas extrajudiciales de carácter científicas.-

cretos. Por ejemplo, una mesa o una silla pertenecen al primer grupo, y en sus formas más simples son fácilmente reconocibles y entendibles como tales. Dentro del segundo nos encontramos, por ejemplo, con los sentimientos: el odio, el amor, los cuales son conocibles sólo a través de percepciones más sensibles, y que, al ser manifestaciones internas, requieren de un mayor esfuerzo intuitivo.

El segundo elemento es la totalidad de individuos que conforman el grupo. Es indispensable que sean "todos", o una gran mayoría, por cuanto, si se tratara sólo de una parte del total, constituiría un asunto de carácter privado.

El tercer y último elemento es la relación que existe entre los dos elementos ya estudiados, vinculación que, como se dijo, y aunque puede revestir varios aspectos, es esencialmente de carácter cognocitivo.

4.- Concepto de Moralidad Pública.

Giuseppe Maggiore ha definido la Moralidad Pública como "la conciencia ética de un pueblo en determinado momento histórico... su modo de comprender y distinguir el bien y el mal, lo honesto y lo deshonesto..." (74) más adelante precisa: "La moralidad colectiva experimenta, según los tiempos, relajación y desviaciones, puede pervertirse y decaer. Al contrario, la ley moral permanece, en su valor eterno, inmutable e intacta, como medida absoluta de todo cambio." (75).

(74) "Derecho Penal", Parte Especial, vol. IV, Cap. IX, (Librería Edit. Temis Ltda., Bogotá, Colombia, s/a), p. 49.

(75) Loc. cit.

Surge respecto a este concepto, el problema de determinar si él se refiere a una moralidad perteneciente a la sociedad toda, como unidad indisoluble, o si es una moralidad individual generalizada y aceptada por todos los miembros de la comunidad.

Considerando que la moral es todo aquello que concierne al fuero interno, sólo cabe, entonces, aceptar la segunda de las soluciones dadas, es decir, cada individuo en un análisis introspectivo, determina según su conciencia, lo que encuentra bueno y lo que concibe como malo, lo racionaliza y lo hace formar parte de su moral, luego, y sólo en la medida que los resultados de dicha operación sean conocidas y aceptadas por todos los restantes miembros del grupo, ella pasará a tener el carácter de pública, para lo cual, como ya se dijo, requiere un proceso interno individual de todos y cada uno de los individuos que conforman la totalidad de la sociedad.

Diez Ripollès, señala : " Jager estimó que por moral hay que entender la convicción individual sobre lo que es bueno, pero que a partir de muchas convicciones morales individuales, bien por la transmisión de representaciones morales, bien por la asimilación ética, de un modo pasivo, inconsciente, se formó una moralidad, una convicción colectiva suprapersonal que reclama validez en una sociedad determinada, bien que el grado de identificación con esa moral suprapersonal será muy distinto en cada individuo... Por consiguiente, por ley moral no se puede entender un sistema fijo de preceptos existentes objetivamente, con independencia de la conciencia moral individual y con soluciones para cualquier conflicto interno pues el sentimiento moral

colectivo no abarca todos los problemas existenciales... el que haya objetivaciones de la moral aparentemente despegadas de las personas no puede hacer olvidar que tales objetivaciones sólo devienen eficaces a través del reconocimiento personal de tales preceptos, y de su resonancia interior..." (76).

Sin embargo, en el ámbito de nuestro estudio, se ha dicho que la moral a la cual se refiere el legislador es la moral sexual; restringiendo de este modo el campo a que nos hemos referido hasta entonces.

Se dijo que la moral sexual se refería al orden moral social que encausa dentro de unos límites al instinto sexual de las personas y que pretende una integración de la sexualidad en la vida social en el nivel cultural de la época.

Ligando esta idea al concepto de público, nos encontramos con que la "Moral Sexual" corresponde a su primer elemento, es decir "aquello que es", el segundo, es la totalidad de la comunidad y la relación que existe entre ambos es de conocimiento, aceptación y elevación a categoría de norma obligatoria.

D.- Bienes Jurídicos protegidos como valor social.

Cuando se practica alguna actuación o se realiza algún hecho es importante saber, o al menos haber pensado alguna vez, el porque se hace. De este modo es indispensable tener presente cual es la finalidad que ha tenido el legislador al consagrar diversas normas dentro de un cuerpo legal. En la materia que nos o-

(76) "Exhibicionismo y Pornografía...", p. 12.

cupa, hemos estudiado que el legislador penal al sancionar los ultrajes públicos a las buenas costumbres ha querido proteger los bienes jurídicos "orden de las familias" y "moralidad pública". Pero tampoco esto aparece como suficiente. Para poder darle un contenido a los conceptos pudor y buenas costumbres es necesario, no sólo saber cuales son los bienes jurídicos protegidos en forma directa, sino además cuales son las razones por las que dichos bienes jurídicos han sido contemplados como tales dentro de la normativa penal.

El problema de este estudio es que en él se presenta fácil la posibilidad de caer, o entrar, a un ámbito extra positivo, es decir, más allá de lo que la ley nos señala en su texto, por lo cual todo pasaría a ser mera especulación para aquellos que sostienen que sólo es válido lo que la ley contempla expresamente; pero esta dificultad se acrecienta mucho más en materia penal toda vez que se pondría en peligro el principio de legalidad al intentar darle un determinado sentido a las disposiciones legales, basándose en datos no contenidos en la normativa penal.

De tal modo que haré un esfuerzo para que, manteniéndome dentro de los márgenes legales, en sentido amplio, puede encontrar el fin último a la norma en estudio.

Para Díez Ripollés, la materia se presenta en forma clara: " Es muy distinto decir que algo se pena porque es intrínsecamente inmoral, sin más, a decir que algo se pena porque, al ser inmoral, si se tolerara, causaría a la sociedad un conjunto de males de muy distinto signo. En el primer caso el bien jurídico protegido es la moral, en el segundo lo serán los bienes que

se tratan de precaver de tales males o bien, y èsto es lo que aqui nos interesa, los mecanismos sociales que, si estan activos , impiden la apariciòn de esas consideraciones sociales negativas. Lo que pretendo poner de manifiesto, por consiguiente , es que no se suele pensar en la moral como bien jurídico protegido, sino en los hàbitos morales de la sociedad o los sentimientos morales de ella. Lo que el derecho penal sexual puede desear proteger es la moral social, esto es, los contenidos morales interiorizados y asumidos por la poblaciòn" (77).

Màs adelante agrega: "Diversos autores consideran que los tipos que penan determinadas manifestaciones sexuales en público protegen el mantenimiento de un conjunto de modos o de pautas de conducta a cuyo tenor actúa la poblaciòn , que poseen una determinada carga valorativa, que adquieren su vigencia y arraigo sociales debido a que han sido asumidas como propia e interiorizadas por los miembros de la sociedad, y cuyo abandono ocasionaría una serie de daños sociales..." (78).

Este jurista nos ha señalado que no se pueden aceptar actos que, por ser inmorales, atentan contra ciertos bienes a que la sociedad ha dado valor o contra los mecanismos sociales establecidos para impedir que surgan dicho tipo de actos. Distingue así dos tipos de bienes resguardados: los bienes propiamente tales y los mecanismos que protegen dichos bienes ; tanto unos como otros han sido valorados, creados y estatuidos por la sociedad toda.

(77) Ibid., p. 25.

(78) Ibid., p. 27

De este modo, a primera vista, nos encontramos con que el bien jurídico "moralidad pública" se encuentre dentro del primer grupo señalado, es decir, es un bien propiamente tal y que el orden de las familias, tal como se encuentre estructurado al interior de nuestra sociedad, sería un mecanismo tendiente a crear y conservar dicha "moralidad pública".

Esto no excluye la posibilidad de que, a la inversa, el bien "moralidad pública" sea un mecanismo destinado a mantener el "orden de las familias".

La verdad es que los límites se encuentran confusos por la íntima relación existente entre estos dos bienes (tanto es así, que el legislador los resguarda en forma conjunta), de tal modo que puede considerarse que ambos son bienes de los de la primera clase, y los mecanismos serán otros, como por ejemplo, la protección del pudor y las buenas costumbres.

Pero, más allá que todo esto, aparece poderosamente la idea de que ambos bienes jurídicos, como ya se dijo, son a su vez mecanismos para la conservación de otros bienes a los que la sociedad les ha dado valor. Estos bienes superiores tienen el carácter de general ya que a ellos apunta todo el ordenamiento jurídico.

La C.P.E. contempla en su cap. I, las bases de la Institucionalidad, es decir, los principios en los que se organiza el Estado, señala una serie de ellos, entre los cuales se encuentran: la libertad e igualdad que los hombres tienen en dignidad y derecho; estatuye a la familia como núcleo fundamental de la sociedad; reconoce la existencia de los grupos intermedios y su par-

pel de organizadores y estructuradores de la sociedad; etc.

Sin embargo, la clave se encuentra en el inciso 4to. del art. 1ero. que señala los fines del Estado, dice: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad a promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que ésta Constitución establece."

Si bien en el inciso 2do. del art. 1ero. se consagra a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y en el inciso 5to. del mismo art., se obliga a darle protección y a propender a su fortalecimiento, colocándola así como uno de los valores esenciales de la sociedad, el inciso cuarto es mucho más amplio en cuanto señala como finalidad del estado promover el bien común logrando la mayor realización espiritual y material posible de cada uno de los integrantes de la comunidad.

Creo que, precisamente, es éste el fin último de la organización del Estado, aquello que, tanto la norma estudiada, como todas las que contiene, o debiera contener, el ordenamiento jurídico pretenden alcanzar. La misma constitución señala que, para obtener el bien común, el estado debe contribuir a crear las condiciones sociales necesarias. En busca de este fin es que el Estado se ha organizado en sus distintas manifestaciones, empezando por el hombre mismo, reconociéndole derechos y obligaciones en su calidad de tal y no de ciudadano, y terminando por la del Gobierno, como institución encargada de estructurar la sociedad y mante-

ner dicha organización, para lo cual ha considerado a la familia, agrupación intermedia entre ambos, como núcleo fundamental de la sociedad.

Para mantener este estado de cosas, ha establecido diversos bienes jurídicos los cuales constituyen mecanismos para obtener el bien último señalado en la C.P.E., estos bienes a su vez, tienen otros sistemas para su obtención y mantención, y así, como bajando los peldaños de una escalera, llegamos a los delitos que son materia de nuestro estudio.

En términos generales, y trazando las primeras líneas, podemos decir que, en el momento dado, el juzgador tendrá que considerar los conceptos pudor y buenas costumbres en este sentido, es decir, en cuanto sustentadores, entre otros bienes, de la organización institucional dirigida al bien común y la máxima realización espiritual y material de los individuos que conforman la sociedad.

CAPITULO IV

PUDOR Y BUENAS COSTUMBRES.

A.- Introducción.

El pudor y las buenas costumbres, como ya se ha dicho, son bienes jurídicos protegidos por el legislador en los arts. 373 y 374 del Código Penal, los cuales se encuentran ubicados dentro del párrafo VIII "De los ultrajes públicos a las buenas costumbres."

Es importante ubicarse dentro del contexto general para tener una adecuada visión sobre la materia, por eso se ha hecho, hasta el momento, un acucioso estudio sobre los bienes jurídicos "orden de las familias y buenas costumbres" que amparan el título VII y dentro del cual se encuentran las normas que contienen los conceptos en estudio.

Visto también el problema que produce la forma en que ellas se encuentran redactadas, como así mismo la naturaleza relativa que estos conceptos tienen, corresponde ahora entrar de lleno al estudio de ellos de una manera más particular.

En el capítulo anterior se dieron ciertas explicaciones de tipo jurídico-social, o se intentó hacerlo, sobre la "ratio legis" de este tipo de normas, debido al interés que surge al encontrarse frente a disposiciones que, de una u otra forma, en los

distintos cuerpos legales de la gran mayoría de los países, incluso en aquellos de mayor soltura moral (en su aspecto sexual) que la nuestra (79), se contemplan disposiciones que sancionan los actos que hieren el sentimiento del pudor o significan un ataque directo a las buenas costumbres.

Por qué el interés del legislador?, Qué finalidad persigue?

La protección de estos dos bienes constituye un medio para el amparo de los objetos jurídicos contemplados en el título VII ya analizados, por ende, encontramos aquí una primera respuesta a las anteriores preguntas.

De este modo, la vaguedad que estos conceptos conllevan empieza a tomar forma; al vislumbrar el por qué de su existencia, adquieren ellos un significado más trascendental; su relatividad se transforma en algo un poco más objetivo al saber que es lo que se pretende obtener mediante su protección.

Sin embargo, esto no lo es todo, es insuficiente saber que lo buscado por el legislador es mantener el orden de las familias y la moralidad pública para determinar cuando se ha cometido un atentado contra el pudor o las buenas costumbres. Por el contrario, precisamente como se conoce cual es la finalidad de la norma, la dificultad es establecer si un acto que, a primera vista, significa un ataque a los segundos de dichos bienes, constituye además una lesión a los primeros.

Aparece necesario plantearse si es imprescindible que se produzca dicha consecuencia, o si sólo basta que se dañe el

(79) Ver nota número (1).

pudor o las buenas costumbres como bienes jurídicos en si mismos y no en su carácter de instrumentales, porque, qué sucedería si, habiéndose atacado estos bienes en forma indiscutible, no se ha producido un daño al orden de las familias o a la moralidad pública?

Puede sostenerse que aunque no haya lesión efectiva de estos bienes, siempre un ataque al pudor o a las buenas costumbres, constituirán una puesta en peligro para ellos, y por esta razón es que deben sancionarse, aún cuando no se produzca el fin último que el legislador quiere evitar, por este motivo la ley establece una pena para "los que de cualquier modo ofendieron el pudor o las buenas costumbres..." , el tipo no exige que se produzca una lesión a los bienes jurídicos referidos en el título VII, éstos sólo sirven como una importante guía al intérprete en ciertas situaciones límites, pero no serán en el caso concreto ; lo definitorio para establecer cuándo sancionar o no. En consecuencia, por regla general, basta con que aparezca de una manera evidente el daño a los bienes jurídicos protegidos en el párrafo "De los ultrajes públicos a las buenas costumbres" para aplicar la sanción correspondiente.

Es en este estadio, considerando dichos bienes jurídicos en si mismos, cuando aparece la necesidad de entrar a delimitar su contenido.

Ya no existe esa finalidad última que ayuda a establecer cuándo se ha delinquido; en consecuencia, nos encontramos solos frente a estos términos que si bien tienen existencia en individual, ella es de tal modo relativa que resulta insuficiente pa-

ra determinar cuando han sido lesionados.

De aquí la necesidad de un estudio sobre cada uno de estos conceptos en forma individual, prescindiendo de elementos anexos que, si bien bajo otras circunstancias nos servirían, llegado el momento pueden distorsionar el fin perseguido por el legislador.

Es indispensable, entonces, hacer un análisis de ellos basándose solamente en su propio contenido, caracteres y finalidades.

B.- Análisis del concepto de Pudor.

1.- En su aspecto gramatical. (80)

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha definido pudor como: "honestidad, modestia, recato".

Recato es cautela, reserva, honestidad, modestia.

La honestidad, a su vez, es señalada como la "compostura decencia y moderación en la persona, acciones y palabras; urbanidad, decoro, modestia."

Decencia es el "aseo, compostura y adorno correspondiente a cada persona o cosa; recato, honestidad, modestia, dignidad en los actos y en las palabras, conforme al estado o calidad en las personas."

Finalmente, modestia es la "virtud que modera, temple y

(80) Las definiciones contenidas en este párrafo fueron extraídas del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, salvo que se señale lo contrario.

regla las acciones externas, conteniendo al hombre en los límites de su estado y según lo conveniente a él; recato que observa uno en su porte y en la estimación que muestra de si mismo."

En otras palabras el pudor diría relación directa con el estado o calidad de las personas en cuanto a su porte y en la estimación que muestra de si mismo, regulando sus acciones externas conforme a ellos.

Por otro lado la Enciclopedia Jurídica Omeba nos ha definido el pudor atendiendo a la función que éste tiene y señala : "El pudor constituye una barrera natural contra los excesos y las perversiones a que puede llegar el instinto sexual, un baluarte que asegura la indispensable mesura y continencia en sus manifestaciones... no es un convencionalismo hipócrita, sino un sentimiento vital que obedece a irrenunciables exigencias sociales" (81).

Un paso más adelante y entrando en un plano más bien jurídico indica las razones por las cuales los atentados contra este sentimiento pueden ser reprimidos: "a) Porque constituyen una causa de sufrimiento moral para las personas en quienes este sentimiento es profundo; b) Porque toda violación impune del sentimiento contribuye a obliterarlo, haciendo más intensa la tentación de proceder contra la vida moral sobre la que ese sentimiento se basa " (82).

(81) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIII, (Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1955), p. 898.

(82) Ibid., p. 899.

2.- El pudor como valor ético.

En este sentido este sentimiento ha sido atacado a través de la historia de la humanidad de diversas formas intentando darle un carácter derivado, histórico y por consiguiente relativo.

Las investigaciones etnográficas y antropológicas concluyen que el pudor tiene una esencia histórica y contingente, derivado y no innato, que sería un fenómeno social, que como tal, forma parte de la "cultura" y no de la naturaleza. (83)

Por otro lado la psicología rechaza todo innatismo, lo cataloga como una "síntesis mental derivada", sin nexo alguno profundo con las estructuras de la vida personal, relegándolo a la esfera de lo irracional por no decir insignificante.

Más allá aún, el psicoanálisis acentúa la valoración negativa del sentimiento del pudor, y ve en él, un carácter reductor e inhibitor de la sexualidad, un gendarme de la libido. Freud sostiene que la sociedad ideal es aquella en que la sexualidad se desarrolla libremente, para lo cual se requiere una caída total del pudor.

Finalmente, el existencialismo ateo sostiene que el pudor es la vergüenza que cada hombre siente de sí mismo y que se niega a mostrar a los demás.

Se ha dicho, por otra parte, que precisamente el motivo

(83) IWAN BLOCH; "La vida sexual contemporánea"; t. I, (Edit. Cultura, Santiago, Chile, 1937), p. 153. "...Las investigaciones modernas han probado que el sentimiento del pudor no es innato en el hombre; sino un producto específico de la cultura: es decir, un fenómeno moral surgido del curso del progresivo desenvolvimiento cultural..."

de estas corrientes es la visión del carácter innato y no derivado del pudor, y de su aportación esencial o la constitución misma de las estructuras de la persona, por encima de toda reducción sustancial de la persona en una corporeidad cerrada.

En este aspecto, el pudor sería aquella especie de defensa que cada individuo lleva en si mismo para impedir ser conocido sólo en cuanto a corporeidad y no en la integridad de su ser.

Josè Maria Rodriguez Devesa, como una consideración general, dentro de los delitos que atacan la honestidad (Còd. Penal español) sostiene que "Los delitos que vamos a estudiar afectan todos, de una u otra manera, a la esfera de la vida sexual. Sería, sin embargo, inexacto calificarlos de delitos sexuales" (84). Qué es la esfera de la vida sexual? Cómo afectan al hombre estos delitos para este autor? "Es un error creer que el instinto sexual... es una función elemental. Se trata, por el contrario, de un impulso muy complejo en que intervienen múltiples componentes físicos y psíquicos; está ligado a la madurez fisiológica, pero también a una serie de estímulos... no están dirigidos inmediatamente sólo a la actividad sexual, sino que se orientan al mundo del espíritu, hasta el extremo de que Expranger ha podido afirmar que el nivel cultural de un individuo está en conexión con el proceso de su evolución sexual" (85).

Todo lo dicho tiene más bien relación con el aspecto ético de este sentimiento, sin embargo nuestro campo es el de la valoración jurídica que a él se le deba dar por la influencia que el

(84) "Derecho Penal", Parte Especial, VII Edic. (Gráficas Carasa, Madrid, España, 1977), p. 146

(85) Ibid., p. 147.

pudor tiene en el plano social y las consecuencias que su carencia puede producir en dicho ámbito.

3.- El Pudor en su aspecto Biológico.

Es necesario hablar sobre el origen del pudor dentro del plano objetivo-científico extra jurídico.

No es del caso analizar de una manera profunda la función biológica del pudor. Sin embargo, por estar ellos íntimamente relacionados y a su vez, en conjunto, ligados a la valoración ética-jurídica de este sentimiento; es conveniente trazar algunos esbozos en este sentido.

"La forma como se ha considerado en los distintos tiempos y entre los diversos pueblos, la cuestión sexual en el aspecto penal, constituye un testimonio expresivo del dualismo existente entre la capa biológica-natural del hombre y su existencia histórica. Es difícil que haya algo que, biológicamente, mancomune tanto a los hombres como el instinto sexual y sus formas de exteriorización" (86).

Si el instinto sexual se presenta como algo biológico, aquello que tiende a ponerle barreras a dicho instinto, tiene también, necesariamente el mismo origen. De aquí que el pudor no sea algo tan extraño y desconexo con el ser humano mismo biológicamente hablando.

El asunto es claro, si por una parte los individuos tienen una inclinación, hacia aquello que se refiere a la genera-

(86) MEZGER, Edmundo; "Derecho Penal", Parte Especial, traducción 4ta. Edic. alemana 1954, (Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1955), p. 105.

ción, tanto psíquica como biológica, lo que conforma su instinto; por la otra, esa tendencia tiene frenos de la misma especie; de lo contrario no nos encontraríamos hablando del tema si no tuviera éste, un lugar en nuestras inquietudes.

Dicha barrera la constituye el sentimiento del pudor, el cual, en el momento necesario, entrará a funcionar dentro del sistema impidiendo de una manera también instintiva, que se produzcan ciertos excesos para los cuales el sujeto no se encuentra preparado.

Así nos encontramos con que el pudor tiene un origen y a la vez una función biológica, cual es, ser regulador de ese primer instinto a que nos hemos referido.

Puede suceder que por diversos motivos, esta "barrera", haya bajado sus niveles de defensas, lógico sería entonces que se desencadenaran las reacciones biológicas que ella estaba impidiendo; sin embargo, sucede que en la práctica esto no es siempre así, de aquí las posturas sustentadoras del pudor como un valor cultural, pero por otro lado, cabría preguntarse cuándo este sistema es natural: si al funcionar el pudor en la forma descrita para impedir los excesos, o cuando no es necesario que exista por que su ausencia no provoca ninguna especie de reacción? (87)

(87) HENDLER, Edmundo S.; Artículo sobre los tabúes sexuales en el Código Penal argentino", Revista Doctrina Penal, año 1982, p. 225. En sentido contrario sostiene: "Y ni siquiera posible hallar algún sustento científico que respalde el criterio establecido. Es del caso recordar el informe de la comisión presidencial que en 1870, en Estados Unidos se pronunció por la total inocuidad de lo pornográfico. Aún cuando tal informe haya suscitado un violento rechazo de muchas personas, entre ellas del propio Nixon, es indiscutible la influencia que ha ejercido en los últimos tiempos, sino para lograr la franca admisión de conclusiones, al menos para descartar el supuesto efecto dañoso de la estimulación

4.- El Pudor a la luz del Derecho Penal.

La gran mayoría de los penalistas en sus estudios sobre este tipo de delitos, ha dado diversas *definiciones de pudor*.

Don Raimundo del Río nos dice que: "El pudor es una especie de reserva casta, vergüenza tímida y honesta, de inocencia alarmada frente a ciertos dichos o hechos..." (88). Etcheberry ha entendido el pudor como "El aspecto subjetivo de la "honestidad": el interés que una persona tiene en que los demás observen a su respecto las normas de corrección y respeto que la moral impone en cuanto a la actividad sexual, interés que de ordinario va ligado a un sentimiento particularmente delicado..." (89); Goldstein señala en su Diccionario de Derecho Penal: "...Ure lo define como la compostura, la vergüenza, la reserva, que la generalidad de los miembros de una sociedad guarda en determinado momento histórico, frente a asuntos de índole sexual, especialmente a lo que, de manera más o menos explícita, hacen referencia a la unión de los sexos. Es un sentimiento que alude a la moralidad y normalidad de los actos

de reacciones sexuales".

"Lo mismo cabe decir de un documento en el mismo sentido producido con anterioridad, en 1966, en Dinamarca, con mucho menos espectacularidad y polémica, pero con conclusiones igualmente categóricas. En el informe del Comité de Medicina Legal dirigido al Comité del Código Penal, se concluye que es imposible afirmar que tenga alguna consecuencia para la mente, tanto de adulto como de menores, la lectura de escritos o la exhibición de filmes, fotos u objetos calificados de obscenos, declarándose finalmente que tampoco existe experiencia científica alguna que avale la suposición de que la pornografía tenga influencia en la comisión de delitos sexuales".

Cabe aclarar de cualquier modo que el Código Penal de Dinamarca, sanciona en sus arts. 184 y 183 los ultrajes al pudor. (88) "Derecho Penal"; t. III, Delitos Especiales, Cap. XII, (Edit. Nascimento, Santiago, Chile, 1935), p. 325 y ss.

(89) Op. cit., p. 80.

ven en uno y que se quisiera sustraer a sus miradas; y el segundo, con lo que cada uno ve en los otros sin desearlo. Tanto uno como otro significan una lesión al pudor, pero afectan de distinta manera al ofendido ya que la primera de ellas implica, no solamente un daño a su sentimiento de pudor, sino también a su persona física de un modo material y tangible. (93)

5.- El Pudor Público.

Hasta el momento solamente nos hemos referido al pudor individual, sin embargo, este sentimiento también existe en el ámbito público. Eusebio Gómez dice: "...nuestro Código al emplear la palabra "honestidad" para eregir en delito ciertos hechos que lo ofenden, no ha querido referirse sino a los que importan un ataque al pudor, ... (el pudor) como dice con exactitud Manfredini, es un sentimiento que se refiere a la normalidad y a la moralidad de los actos sexuales. Hay un pudor individual y un pudor colectivo... el pudor llega a ser un sentimiento social cuando la repetición constante de los actos públicos crea la necesidad de que todos observen una conducta armónica en el hecho generador de aquel sentimiento, es decir, con la repetición constante de actos públicos. La ley protege tanto el pudor individual como el pudor colectivo " (94).

En este mismo sentido Etcheberry nos dice que el pudor público está constituido por "los sentimientos predominantes en la

(93) Vid. Cap. V, letra B, Nro. 3

(94) "Tratado de Derecho Penal", t. III, (compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, Argentina, 1946), pp. 16 y 17.

colectividad en cuanto al ejercicio de la libertad sexual " (95).

En otras palabras podemos decir que el pudor público es un pudor individual encarnado en la sociedad en cuanto ésta se compone de individuos que tienen sentimientos en forma particular, del mismo modo como sucede con la moralidad pública, de tal forma que el pudor público dice íntima relación con el pudor particular, siendo absurdo intentar proteger uno sin hacerlo con el otro.

En esta materia se ha discutido si es que el legislador ha pretendido amparar el pudor, sólo en cuanto a público, y no en su ámbito individual; o si es que protege a ambos. El nombre del párrafo pertinente se refiere a los "ultrajes públicos a las buenas costumbres" y nada dice sobre el pudor ni tampoco sobre las lesiones que se cometan privadamente a dichos bienes.

Este segundo punto es indiscutible, la ley es clara en su sentido gramatical, debe tratarse de ultrajes de carácter público, incluso en la descripción el tipo exige que haya "grave escándalo o trascendencia". (96)

Respecto del primer asunto Cuello Calón nos dice: "Por ofensas al pudor debe entenderse la ofensa a la moralidad sexual de una persona; ofensas a las buenas costumbres equivale a lesión de la moralidad sexual colectiva, pública. El hecho debe tener carácter sexual, sin él, aún cuando constituya una indecencia grosera, no hay delito" (97).

(95) Op. cit.; p. 79.

(96) Sin perjuicio de lo ya adelantado respecto del momento en que se haga público el ultraje produciendo grave escándalo o trascendencia.

(97) "Derecho Penal, t. II, Parte Especial, vol II, XIV edic., (Edit. Bosch, Barcelona, España, 1975), p. 608.

De aquí que se diga que la ley protege ambos tipos de pudor. Eso sí, siempre será necesario que, al ofenderse el pudor de un sujeto en forma individual, haya grave escándalo o trascendencia para que pueda aplicarse esta norma. (98)

6.- Origen y Valor Jurídico del Pudor.

Si bien la existencia del pudor es indiscutible, razón por la cual se le ha contemplado como bien jurídico dentro del derecho penal, el origen de él ha sido ampliamente debatido.

Para Lisandro Martínez "harto se ha discutido sobre el pudor, comenzando desde el punto mismo de su origen; algunos han llegado a negar su existencia, otros se han limitado a sostener que no existe entre los pueblos primitivos, muchísimos han negado la posibilidad de definirlo, y hay quienes lo han tachado de relativo y variable" (99). Más adelante agrega: "Pero todas estas afirmaciones no destruyen un hecho evidente: la generalidad de los individuos, de los pueblos de nuestro tiempo, de nuestra civilización, han rodeado de reserva, de circunspección, de prudencia, lo referente al fenómeno de la reproducción" (100).

Para Carrara la situación es semejante y de ella es precisamente de donde nace el deber del Estado de protegerlo: "Este título el delito es esencialmente distinto del ultraje al pudor. En éste, todo el objeto jurídico se encuentra en el individuo que padeció la violencia impúdica y se agota por completo en la esfera

(98) Vid. letra C, Nro. 3, de este mismo Capítulo.

(99) Op. cit.; p. 50.

(100) Ibid.; p. 53.

de sus derechos y delitos naturales, tanto porque el derecho a la conservación del pudor ha sido dada al hombre por la naturaleza y no por la sociedad, como porque en la ofensa al pudor el daño inmediatamente recae solamente sobre los individuos a quienes se les infirió violencia, sobre otras personas... su objetividad jurídica está en el derecho en el que todos los ciudadanos tienen a que no se cometan obscenidades en lugares públicos; y este derecho, nazca o no de la coacción, debe ser mantenido en toda la sociedad civilizada por el interés general de que los jóvenes no se instruyan en el mal, de que no se ofenda el sentido moral de los que transitan por las vías y de que no se excite con torpes espectáculos la sensualidad ajena " (101).

La verdad es que el origen del sentimiento del pudor poco importa cuando la realidad de su existencia se impone al legislador. Pero, más aún que su vigencia, interesa la necesidad de su protección dentro de la comunidad por los fines mismos que éste tiene, y las consecuencias que el impudor produce al interior de la sociedad.

Dejando de lado la concepción ética del pudor como medio de perfección individual, nos encontramos con que este sentimiento tiene un valor socio-jurídico, en el sentido que juega en la organización social un papel de suma importancia. El pudor público, como expresión de la moralidad pública se relaciona fuertemente a las finalidades perseguidas por ésta última, ya analizadas en el capítulo anterior.

(101) "Programa de Derecho Criminal", Parte Especial, vol.VI, (Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1962), p. 29.

J. Ernesto Ure, de un modo bastante racional señala: "En verdad el instinto sexual podría llevar a los más riesgosos extremos si no encontrara un freno que lo regule, un dique que lo contenga. Y eso es, precisamente, la función del pudor, que no es, por lo tanto, un convencionalismo hipócrita, sino, como dije, un sentimiento que responde a irrenunciables exigencias sociales " (102). Luego agrega: "Este sentimiento está, además, íntimamente ligado a la salud moral del pueblo, en especial a la juventud, a la que debe defenderse de cualquier contaminación corruptora del espíritu. Los pueblos grandes y fuertes son los pueblos física y moralmente sanos. La sociología muestra que el preanuncio de la decadencia de los pueblos va acompañado del menosprecio del pudor. No hace falta recordar a Grecia y a Roma, pues tenemos ejemplos más próximos " (103).

En este mismo sentido, Lisandro Martínez nos dice: "Actualmente, contra aquellos que consideran el pudor una hipocrecia, una mera convención, o un residuo de superados conceptos religiosos, o contra las sátiras para las cuales el pudor ha sido sobrepasado; se reconoce generalmente que debe ser defendido."

"El pudor se defiende no por gazaría, ni por beatitud, ni porque la ley quiera convertirse en aliada del puritanismo, o en el cómplice de estructuras decadentes, ni porque se quiera transformar la sociedad en un gran convento; el pudor se protege porque, "se trata de un sentimiento social útil, en cuanto

(102) "El Pudor y la ley Penal", (Conferencia pronunciada el 28.9.54 en la Sociedad Argentina de Criminología, Edit. Abeledo Perrot), p. 11.

(103) Loc. cit.

constituye un freno a la satisfacción de los instintos de la libido, freno sin el cual el instinto mismo podría llevar a excesos perjudiciales para la vida individual y colectiva (Antolisei)."

"El pudor es y permanece como una fuerza de resistencia de altísimo valor social, que "merece tener, mediante la tutela penal, un sólido dique contra el desbordarse del sentimientos e instintos que, si no son regulados ni analizados, pueden poner en peligro el vigor físico, moral e intelectual de la sociedad y de la raza (Battaglini)." (104)

7.- Síntesis.

Analizado ya el pudor bajo distintos aspectos, es necesario interrelacionar éstos a fin de poder llegar a un concepto concreto que pueda ser utilizado por el intérprete al momento en que deba establecer si un acto determinado ha producido la ofensa al pudor que exige el tipo penal del artículo 373 del código respectivo.

Elemento básico y común en su contenido es la esfera de resguardo, que cada individuo ha establecido, de su intimidad en el ámbito sexual. Cuando dicho límite se transgrede se produce la lesión al bien jurídico.

Un poco más allá de lo que a primera vista pueda determinarse como pudor, está el concepto teleológico de él; a saber, estos límites tienen como finalidad mantener el auto control del instinto sexual para evitar, de este modo, un desenfrenado libertinaje que en definitiva altere el orden familiar y social, como

(104) Op. cit., p. 54.

asi mismo ciertos desequilibrios psicquicos que pueden desencadenar en consecuencias anti-naturales.

Este principio señalado a nivel particular, se constituye en ideal en el ámbito social, tomando asi el carácter de "pudor público", ya que como cada sujeto se ve en la necesidad de darle a esa esfera de resguardo individual un rol más general para que sea respetada por el resto de sus congéneres y poder mantener asi una apacible convivencia.

Sucede que dentro de esa multiplicidad de pudores individuales, habrá algunos con mayores y otros con menores límites, se produce entonces el problema de determinar cuál de ellos es el correcto, y en definitiva, el que ha de tenerse en cuenta al momento de juzgar; he aquí que entra a jugar un rol importante el aspecto tético del pudor. Sin embargo, igual conflicto surgirá al intentar establecer cuáles acciones causan y cuáles no, el fin que este sentimiento quiere evitar. Luego, habrá que acudir a ciencias extra jurídicas, sean estudios socio, etno, psicológicos, etc. que puedan ayudar a definir en la materia concreta, si se ha producido o producirá dicha consecuencia.

C.- Análisis del concepto de "Buenas Costumbres".

1.- En su aspecto gramatical.

Nos encontramos aquí frente a un concepto compuesto por dos términos, por ello habrá que analizar ambos para poder entenderlo en toda su extensión.

La Real Academia Española de la Lengua ha definido costumbre como "Hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie; conjunto de cualidades o inclinaciones y usos que forman el carácter distintivo de una nación o personas." (105)

Dentro de nuestro sistema legislativo la costumbre constituye fuente de derecho cuando cumple ciertos requisitos; a saber, debe tratarse de un uso social de carácter general en un ámbito determinado, uniforme, constante, con cierta duración en el tiempo y que sea practicado con la voluntad de obrar jurídicamente.

Para nuestra necesidad nos basta considerar a la costumbre como el hábito que se ha formado, ya sea en un sujeto, en un grupo de ellos, o en la nación toda, por la reiteración de ciertos actos análogos, y que como tal es considerada normal entre aquellos que la practican; no implicando necesariamente una determinada valoración.

Bueno es "Aquello que tiene bondad en su género; útil y a propósito para alguna cosa; sano". Bondad sería la "Calidad de bueno; natural inclinación a hacer el bien."

También lo define como "Aquello que en si mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género, o lo que es objeto de su voluntad, la cual no se mueve ni puede moverse sino por el bien, sea verdadero o aprehendido falsamente como tal, bien en toda su perfección, o bien sumo solamente lo es Dios."

Bueno fue definido como sano, y sano es aquello " que es bueno para la salud; sin daño o corrupción; libre de error y vi-

(105) Así como ésta, las demás definiciones contenidas en este acápite fueron extraídas del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

cio."

Finalmente, como se dijo, es todo aquello que sirve para lo que fue creado o por el cual existe (106).

Hemos visto que el término "costumbre" tiene directa y única relación con el ser humano, toda vez que se trata de un hábito, y éste implica cierta conciencia reflejada en la voluntad de reiterar ciertos actos. De este modo la "bondad de la costumbre" debe entenderse vinculada al hombre.

De otra manera, se puede decir que si bueno es "aquello que tiene la natural inclinación a hacer el bien"; que el bien es "aquello que tiene el complemento de la perfección en su propio género"; bueno será, en definitiva, "aquello que naturalmente se inclina a la perfección en su propio género". Por otro lado, nos referimos a "costumbre" como "el hábito adquirido por el hombre o comunidad por la reiteración de actos análogos". Consecuentemente, "Buenas costumbres" serán aquellos "Hábitos adquiridos por el individuo o la colectividad a través de la repetición de ciertas acciones de una misma especie que lo hacen inclinarse en forma natural hacia todo aquello que significa la perfección dentro de su especie."

Por ende, no será buena una costumbre que lo aleje de dicha perfección (individual o colectiva), incluso de la posibilidad de alcanzarla.

2.- Buenas Costumbres como Valor Social.

Se ha dicho que las costumbres pueden ser individuales

(106) Vid. "Concepto de Orden", Cap. III.

o sociales, y aunque estamos hablando de diversos géneros, éstos de ningún modo se contraponen, sino que por el contrario, se complementan. Sucederá que las "buenas costumbres particulares" serán aquellas que tiendan a la perfección individual del sujeto, y las "buenas costumbres sociales" las que busquen la perfección de la comunidad como tal.

Para hacer posible la convivencia será indispensable que ambos tipos de "buenas costumbres" no se opongan ni en la forma ni en el fin, más aún, y siguiendo el mismo esquema utilizado al hablar de la "Moralidad pública" y del "Pudor público", las "buenas costumbres sociales", deben ser un reflejo de las "buenas costumbres particulares".

En la práctica, sucede que la sociedad ha adquirido individualidad y requiere que ciertos valores se plasmen en "costumbres" para obtener su perfección como tal.

Los hechos y el pensamiento común de los integrantes de una colectividad se orientan hacia y dentro de ciertos valores considerados como buenos por ella de tal modo que tiene el derecho, no sólo a rechazar y prohibir todo lo que atente contra ellos, sino también de exigir que el comportamiento de los individuos que la componen se ajuste a ella.

Cómo se realiza esta operación axiológica? De otro modo. Qué acciones son considerados "buenas costumbres" mereciendo la protección social?

"Para obtener aquella calificación y el sentido axiológico positivo de la costumbre, es necesario recurrir a valores y se hace inexcusable indagar a que valores se atiene la comunidad

para ello y de donde provienen, pues habrá comunidades que se atenderán a valores religiosos, otros a valores religiosos, otros a valores filosóficos, y los habrá también que se atienen a valores simplemente civiles, políticos, sociológicos, etc..." (107). Luego agrega: "Pero es necesario destacar que por encima de esa mutabilidad de ciertas normas o cánones, con los que axiológicamente se califica o descalifica la conducta, existen, en cambio, valoraciones fundamentales en todos los ordenamientos jurídicos que hacen a la estabilidad de las decisiones en cuanto se inspiran en ideales puros, hacia los cuales se proyecta en sus valoraciones positivas la conducta de los miembros de la comunidad. En ellos, de un modo u otro, se está inmerso en cuanto son los que presiden, orientan o inspiran las diversas esferas de valor o el plexo axiológico respectivo que concita la aprobación de la comunidad, en cuanto se muestra la costumbre o conducta haciendo efectiva su vigencia en el sentido positivo de los mismos."

"De este modo y, a medida que las valoraciones positivas se ascienden a los ideales puros, las divergencias se hacen menos posibles." (108)

En definitiva, las "buenas costumbres" como actos reiterados a los cuales la sociedad les ha dado cierta categoría que los hace dignos de ser protegidos por la legislación, constituyen, por esa razón un valor social y no de manera inversa, es decir, su calidad de bienes superiores les viene dado con anterioridad a la consagración en la norma positiva.

(107) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. III, (Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955), p. 415.

(108) Loc. cit.

3.- Buenas Costumbres a la luz del Derecho Penal.

Las buenas costumbres, tal como las hemos analizado hasta el momento, se refieren a todos los aspectos de la vida humana; sin embargo, el derecho penal las ampara en su ámbito sexual, del mismo modo como lo hace al referirse a la "Moralidad Pública". Así ha llegado a decirse que las "buenas costumbres" como bien jurídico protegido, es la versión en el ámbito social del pudor individual (109) y en otras legislaciones, como la argentina (110) y la española sancionan de un modo general los delitos contra la "honestidad", comprendiendo en dicho término tanto el pudor como las buenas costumbres.

En este sentido, Oneca-Muñoz señala de paso "Mas si todos los delitos contra la honestidad ofenden el pudor (individual) o las buenas costumbres (pudor colectivo), no puede, sin embargo, olvidarse que éste no es el único bien jurídico afectado." (111) (112).

De manera tal que todo lo dicho en relación al pudor público tiene, en este sentido, plena validez. Mas, existe entre ellos una diferencia de matiz, más intuible que explicable racionalmente. El pudor es un valor que va desde el interior del sujeto, como medio de defensa de lo que le llega desde afuera y que es

(109) Vid. nota nro. 97.

(110) Vid. letra B, nro. 5, de este mismo cap.

(111) "Derecho Penal", t. II, Parte Especial (Madrid, 1949), p. 260.

(112) LABATUT GLENA, Gustavo, op. cit. p. 160. Sobre el delito de ultrajes públicos a las buenas costumbres: "Consiste este delito en ofender de cualquier modo el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia. Sus elementos constitutivos son: Nro. 1: Ofensa al pudor o a las buenas costumbres, esto es, a la moral sexual individual o colectiva..."

innato en él; en cambio, las buenas costumbres van desde el exterior del individuo hacia adentro como medio de convivencia en sociedad, las cuales no le son necesariamente innatas y que por ende pueden revestir un carácter convencional (113).

Por otro lado, dichos valores se encuentran íntimamente relacionados, y que como algo ya se adelantara al referirse al pudor público, éste es la expresión del pudor privado, y a su vez, la protección de este último es medio de amparo del primero.

Alfredo Echeberry sostiene que "El "pudor público" se identifica en realidad con las "buenas costumbres" subjetivamente consideradas. En cuanto al "pudor privado", no hay inconveniente en admitir que el código quisiera referirse a él, pero no como bien jurídico directamente protegido, sino como un vehículo a través del cual se alcanza una ofensa al pudor público." (114)

Sería absurdo sostener que cuando la ley se refiere al "pudor" simplemente, no se está protegiendo el pudor individual sino al público, ya que si las buenas costumbres se identifican con este último, resultaría que el legislador ha cometido el error de amparar dos veces, en forma continua, el mismo bien jurídico, por ende, como dice Echeberry, el pudor privado es resguardado como medio de protección de las buenas costumbres.

Para Federico Puig, el asunto se presenta en forma inversa: "Otros hablan de delitos contra las buenas costumbres, título todavía más amplio que la honestidad, ya que, como dice un autor, si la honestidad es tradicionalmente una buena costumbre, no

(113) Sin perjuicio de lo dicho respecto del concepto objetivo de "bueno" en su relación con la finalidad del ser humano.

(114) Op. cit., p. 80.

toda buena costumbre, aún en el sentido moral que parece seguir el código (Penal español) significa precisamente que sea honesto." (115)

Fero esto no pasa de ser mero juego de palabras ya que a la luz de lo estudiado, en cuanto al significado de buenas costumbres, éstas no pueden nunca ser contrarias a lo que la honestidad implica.

Sin entrar en mayores complicaciones Raimundo del Río señala que las "buenas costumbres están constituidas por el conjunto de juicios y, más comunmente de prejuicios, existentes sobre materias de preferencia sexual, en una época y un medio dado." (101)

Esta definición posee algunas deficiencias, una de las cuales aparece a primera vista de acuerdo a todo lo analizado, ya que al decir "... sobre materias de preferencia sexuales...", abre la puerta a otros asuntos que no tengan este carácter, pero, como se dijo, el legislador se ha referido sólo y precisamente a este aspecto de las buenas costumbres.

Por otro lado, le da un cariz absolutamente relativo al señalar que ellas tienen ese carácter en una época y medio determinado. Sin embargo, esta parece ser la opinión general de la gran mayoría de los autores de la doctrina penal.

En definitiva, lo que interesa dejar en claro dentro de este acápite es que las buenas costumbres para el Derecho Penal son ciertas normas de vida solamente en el aspecto sexual, consideradas como buenas por la sociedad y por ello amparadas por la

(115) "Derecho Penal", 5ta. edic., t. IV, Parte Especial, vol. 1.
(Edic. Desco, Barcelona, 1960), p. 28.
(116) Op. cit., t. III, p. 325 y ss.



legislación.

4.- Buenas Costumbres como Valor Jurídico.

Ya se habló del significado de las buenas costumbres consideradas como valor, es decir como aquella reiteración de actos que le son útiles al hombre en cuanto lo conducen a la perfección dentro de su especie y, por ende, al encuentro con la felicidad.

A la luz del Derecho Penal se limita el ámbito de estos "actos", pero no su finalidad, ya que sólo se refiere a lo que dice relación con la generación.

Esta idea, aplicada en el campo social, mantiene sus características fundamentales, pero adquiere otra dimensión y, por consiguiente, nuevas metas. Continúa refiriéndose a la misma materia, es decir, la sexualidad, pero ahora lo que se intenta alcanzar es la perfección y felicidad social regulando ciertos aspectos que, de no estarlo, pueden perturbar no sólo la pacífica convivencia de los componentes de ella, sino también, alterar el normal y natural desarrollo, tanto de sus integrantes individualmente considerados, como el de la comunidad en su carácter de tal.

Bajo este punto de vista, las buenas costumbres tienen una gran semejanza con el pudor, pero no es de extrañarse, por el contrario, ello obedece a que ambos, como valores individualmente considerados, son a su vez medios que el legislador utiliza para alcanzar el mismo fin: el orden de las familias y la moralidad pública.

Más aún, ellos son complementarios, porque como se dijo, la protección del pudor no es más que el resguardo positivo de un

sentimiento propio del individuo y que puede verse afectado con ciertos actos externos que quebrantan su intimidad; en cambio, las buenas costumbres, como modo de comportamiento, le ha sido dado al hombre desde afuera; ellas no son necesariamente actitudes espontáneas, sino más bien ciertos hechos que él observa, analiza, racionaliza y determina implementarlos en su modo de vida ya sea como medio de superación personal o para facilitar la convivencia con los demás seres de su misma especie.

Sucede así, que en el proceso descrito se descubre, ya de una manera científica, ya intuitiva, que cierto grado de pudor (tanto en mí como en el otro), es necesario para alcanzar las finalidades señaladas y se instituye, entonces, como "buena costumbre". De aquí que muchas veces ambos conceptos tiendan a confundirse.

No puede desconocerse así, que las buenas costumbres constituyen un bien que merece el resguardo legal.

"Como bienes o cosas valiosas que son, las buenas costumbres no son entes ideales, como los valores, sino entes concretos, materiales, son actuaciones específicas, en las cuales reconocemos la presencia de valores y como tales merecen el aprecio y la protección del Estado a través de la imposición de sanciones para el caso que no sean respetadas."

"No es la hipocrecia la que se materializa en las buenas costumbres, aún cuando suele vestirse con su ropaje, sino otros valores como el derecho al normal desarrollo intelectual y psíquico del ser humano, el que no debe ser herido en la delicada etapa de la niñez o de la adolescencia con experiencias brutales o inadecuadas."

cuadas para su sensibilidad todavía débil, el recato en el trato de los sexos, que es el valor que se perfila en sus contornos como una conquista de la especie humana y que la distingue de otros grados inferiores del mundo de los vivientes, la honestidad en el proceder en cuestiones conectadas con la procreación, que es un valor al cual se han abiertos todas las sensibilidades del mundo contemporáneo reconociéndose el acceso a ella por parte de todos y sin distinción de ninguna clase y así, muchos otros que al presentarse materializados en las buenas costumbres con caracteres tangibles que permiten reconocerlos, dan posibilidad al individuo libre para tomarlos o dejarlos, pero enfrentándolo en este último caso al evento del reproche social cuando su desorden ha causado daños a terceros." (117)

Es interesante la clasificación que Francisco Muñoz Conde ha hecho de los delitos ya que ella sirve para vislumbrar, de una manera más profunda el valor socio jurídico de las buenas costumbres. En un principio, distingue entre aquellos que atentan contra las personas, de los que lo hacen contra la sociedad; dentro de estos últimos diferencia entre los "... delitos que atacan el orden social, independiente de su organización como Estado y aquellos que atacan una determinada organización política de convivencia: El Estado. De ahí la distinción, que aquí se mantiene, entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra los valores sociales estatales." (118)

Al ser valores sociales el titular del derecho es la co-

(117) ORTIZ ROMERO, op. cit.

(118) Op. cit., p.315.

munidad porque se refieren a ciertos bienes que aseguran la convivencia, la cual se verá afectada cuando ellos sean lesionados. Por eso es que Muñoz Conde agrega: "Entre esos valores sociales supra-estatales pueden citarse: la moral sexual, el estado civil, la familia, los sentimientos religiosos, la seguridad material y la fe pública, aún cuando esta última pueda participar también de la característica de valor estatal." (119)

5.- Síntesis.

Visto ya los diversos aspectos que nos interesan sobre las buenas costumbres, es necesario dejar en claro ciertos aspectos fundamentales que la conforman a fin de que, llegado el momento, deban tomarse en cuenta para saber si ha sido o no lesionado dicho bien, del mismo modo como se hizo con el pudor.

Así nos encontramos con que las buenas costumbres son consideradas en lo que dicen relación con la generación; constituye un bien jurídico social y por ende el sujeto pasivo del delito es la sociedad toda; ellas si bien varían en el tiempo y en el espacio, como se vinculan directamente al ser humano, y la naturaleza de éste es única e inmutable, las buenas costumbres participan a cierto nivel de estas mismas características. (120)

Por otro lado también debe tenerse en consideración la

(119) Ibid., p.317.

(120) El problema de la mutabilidad de las buenas costumbres debe analizarse bajo dos aspectos: en su materialidad y en su finalidad. Como reiteradamente se ha dicho, el objeto de ellas es la perfección y felicidad, tanto del individuo como de la sociedad, en este sentido es en el que ellas son consideradas como inmodificables bajo ningún respecto. Sin embargo, la materialización de este ideal puede revestir diversas formas a través del tiempo y en los distintos pue-

finalidad que persigue la consagración legal de sanciones penales para los actos que la dañen, porque si bien las buenas costumbres conllevan valores propios, la protección de ellas es un medio utilizado por el legislador para obtener y mantener ciertos estados al interior de la sociedad. En este sentido, no puede olvidarse que ellas tienen existencia, tanto material como valòrica, antes de que fueran catalogadas como obligatorias por la ley positiva y que, por regla general, su finalidad es la misma que ha tenido en vista el legislador, ya que no son más que las necesidades de convivencia de vida social e individual, primero hechas normas de conducta por cada sujeto en forma particular, luego generalizadas y finalmente impuestas a la sociedad a través de disposiciones legales.

D.- Pudor y Buenas Costumbres como formas de proteger el Bien

Jurídico común.

Poco queda por decir en este sentido ya que fueron analizados individualmente bajo este punto de vista. Sólo quedaría reafirmar la circunstancia que ellos han sido protegidos por el legislador penal sancionando todos los actos que los lesionen porque son valores independientes y a la vez medios de amparar los

blos y por ello aparentemente las buenas costumbres tienen el carácter de relativas. En la práctica suceden dos cosas que complican lo que aparece tan simple a primera vista: 1) Que el ideal de perfección y felicidad cambian en el tiempo y en el espacio, en consecuencia, al modificarse el fin, varían los medios; 2) Que se utiliza medios inadecuados para el objetivo perseguido.

bienes jurídicos analizados en el capítulo anterior: el orden de las familias y la moralidad pública.

Si bien es cierto que la mayoría de la doctrina sostiene que únicamente se refieren al último de estos bienes, ya se dijo, e intentado demostrar en el Capítulo III de esta Tesis, que también se vinculan fuertemente al objeto jurídico "Orden de las familias" por cuanto, pudor y buenas costumbres, ayudan a crear y mantener, tanto de un modo psicológico como material, dicha "colocación en el lugar que les corresponde"

Puede considerarse que esta protección no sea de aquellas que se refieren directamente a las familias y a su estructura, pero si tiene estrecha relación con la formación psíquica de sus integrantes, dándoles las normas de vida básicas que le hagan mantener una conducta que le permita, a su vez, consolidar el orden y la integridad de este grupo intermedio que la Constitución consagra como "núcleo fundamental de la sociedad" y se obliga a propender a su fortalecimiento.

Joaquín Francisco Pacheco, dentro del análisis sobre los delitos contra la honestidad (que para la doctrina española, no olvidemos, implica el pudor y las buenas costumbres) señala: "La moral y las buenas costumbres no pueden menos que estar bajo la salvaguardia de las leyes en todo país civilizado: como que la moral y las costumbres son el fundamento de la familia, la condición de la sociedad." (121)

En consecuencia, deberá el intérprete establecer una se-

(121) "El Código Penal Concordado y Comentado", t. II, 5ta. Edic. (Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, España, 1881), p. 103

rie de consideraciones y relaciones al momento de juzgar estos delitos, a saber: si el acto en tela de juicio ha atacado la esfera íntima de la sexualidad del individuo causando un daño el cual deberá probarse, generalmente, a través de ciencias extra jurídicas (pudor); o si ha infringido aquellos actos a los cuales la sociedad ha dado, con su repetición constante, la categoría de necesario para el mantenimiento de la organización social y su prosecución de felicidad y perfección (buenas costumbres); debe además ver si todos ellos han producido una alteración en la buena disposición que existe, o debiera existir, de los integrantes de una familia al interior de ella, desviándola así del fin que le es propio (orden de las familias); o si ha atacado aquellas normas ético-sexuales que la totalidad de la comunidad, o la mayoría de ella, ha elevado a nivel de obligatoria (moralidad pública); y todo esto bajo la perspectiva del fin último de todos estos bienes: el bien común y la máxima realización espiritual y material de los individuos que conforman la sociedad (fines del Estado consagrados en el inciso IV del artículo 1ro. de la Constitución Política del Estado de 1980) (122).

(122) Todo esto sin perjuicio de un estudio sobre los demás elementos que configuran el tipo.

CAPITULO V

JURISPRUDENCIA SOBRE LOS CONCEPTOS ANALIZADOS

A.- Introducción.

Esta parte de la memoria presenta la dificultad de la escasez de jurisprudencia existente sobre la materia.

Los pocos fallos relativos a ella, aparte de ser en su gran mayoría del siglo pasado, en términos generales, no contienen un concepto amplio sobre lo que debe entenderse por pudor o buenas costumbres, sólo se limitan a establecer si tal o cual hecho constituye o no un atentado contra dichos bienes.

No por ello deja de tener importancia la forma en que nuestros tribunales, como los extranjeros, han tratado la materia.

B.- Jurisprudencia nacional.

1.- Sentencia dictada en primera instancia por Juzgado de San Fernando, con fecha 30 de Octubre de 1889, confirmada por la I. Corte de Apelaciones con fecha 7 de Abril de 1890, en juicio seguido contra Jerónimo Moya, por bestialidad. (123)

(123) G. 1890, t. I, Nro. 771, p. 370.

Hechos: "San Fernando, octubre 30 de 1889.- Vistos: el 26 de agosto último fue sorprendido en el lugar denominado La Dehesa de este departamento, por Justo i Rosa Parraguéz, Jerónimo Segundo Moya teniendo entre las piernas una perra, con la que ejecutaba actos carnales.

El hecho se hizo público en el lugar i llegó a ser el tema de las conversaciones de los vecinos, sirviendo también de pretexto para hacer cierta broma sobre el particular al dueño de la perra, como lo expresan algunas declaraciones del sumario."

Considerando: "Que al castigar el art. 373 del Código Penal a los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia no comprendidos en otros artículos del mismo Código, no ha podido dejar de referirse a los actos de bestialidad que por si mismo son una ofensa a la moralidad pública;

Que en el acto ejecutado por Jerónimo Segundo Moya i a que se refieren estos antecedentes ha habido cierto escándalo público por haber sido visto por varias personas i servido, además, de tema a las conversaciones en el lugar, ofendiéndose indudablemente con esto el pudor i las buenas costumbres."

Este fallo no merece comentario alguno ya que si bien el Código Penal no sanciona expresamente la bestialidad, el art. 373 castiga a "los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hecho de grave escándalo o trascendencia..."; en consecuencia, demostrada la ofensa a los dos bienes jurídicos protegidos y el grave escándalo o trascendencia, corresponde aplicar la pena señalada por la ley.

2.- Sentencia dictada por la Corte de Valparaíso con fecha 5 de Noviembre de 1897, en juicio seguido contra Reinaldo Tillmanns, por ultraje a las buenas costumbres. (124)

Hechos: "Valparaíso, 21 de septiembre de 1897.- Vistos: el señor Promotor Fiscal don Bernardo Solar Avaria, denunció al Juzgado que en una de las ventanas del almacén de don Reinaldo Tillmanns, situado en la calle de Esmeralda Nro. 3, se exhibía un grupo en mármol de tres mujeres desnudas; i que como este hecho cae bajo la sanción del Código Penal, pedía se instruyera el correspondiente sumario i se recogiera por la policía, desde luego, el referido grupo."

El fallo de primera instancia señaló en sus considerandos Nro. 2, 3 y 4:

"2.- Que un acto semejante ofende el pudor i las buenas costumbres i cae, en consecuencia, bajo la sanción del art. 374 del Código Penal;

3.- Que la excepción alegada por el acusado de que en varios países en Europa se exhibe el mismo grupo materia de este sumario i de que en el Vaticano de Roma i en los museos europeos existen gran número de estatuas al desnudo de hombres i mujeres, no debe ser atendible, desde que nuestro Código Penal castiga la exhibición de figuras contrarias a las buenas costumbres;

4.- Que para el efecto de estimar las ofensas al pudor i a las buenas costumbres, debe tomarse muy en consideración el modo de ser i costumbres de las ciudades en que dichas exhibiciones se hacen."

(124) G. 1897, t. III, Nro. 3.541, p. 943.

La sentencia de la Corte revoca la de primera instancia y expone: "Teniendo presente:

2.- (Sic) Que la disposición contenida en el art. 374 del Código Penal castiga con las penas en él señaladas al que vendiere, distribuyere o escribiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarias a las buenas costumbres, de lo cual se deduce que, tratándose de estampas o figuras, es condición esencial para la existencia positiva del delito, que ellas reproduzcan o pongan de manifiesto actos o escenas opuestas a los principios de moral respetados i admitidos por toda sociedad civilizada i que constituyen la base fundamental de las buenas costumbres;

2.- Que la figura a que este proceso se refiere, copia del grupo escultural de Thorwaldsen, conocido con el nombre de Las Tres Gracias, no representa acto o escena alguna contraria a las buenas costumbres, i según lo reconoce el señor Fiscal de esta Corte i se halla también acreditado en autos, el original i sus reproducciones son estimados i admirados como obra de arte en los paseos públicos, teatros i museos de las principales ciudades del continente Europeo;

3.- Que, en consecuencia, la exhibición para la venta que hacía don Reinaldo Tillmanns de la escultura a que este proceso se refiere, no cae bajo la sanción del citado art. 374 ni de ninguna otra disposición de la lei penal."

3.- Sentencia pronunciada por la Corte Suprema sobre un recurso de casación en el fondo, con fecha 14 de Septiembre de 1959, in-

terpuesto por el querellante, Santiago Covarrubias Vergara, en contra de la sentencia de segunda instancia, dictada en juicio seguido por el mismo recurrente en contra de Gerardo Hochhausler Schneider, por el presunto delito previsto en el art. 373. (125)

Hechos: "...el procesado persiguió al menor, porque había tocado el timbre de su morada, lo introdujo al jardín de su mansión, donde procedió a desnudarlo, y acto seguido lo expulsó hacia la calle devolviéndole momentos después la ropa que vestía."

La sentencia de segunda instancia absuelve al acusado porque llegan a la conclusión de que los hechos "...no constituyen el delito de que trata el artículo 373 del Código Penal, "toda vez que no aparece de los autos que con tales hechos se haya ofendido el pudor de las personas que transitaban por la vía pública, máxime si se tiene en cuenta que la simple presencia de un impúber despojado de sus ropas no produce por sí sola esa natural reacción de pudor que puede producir la presencia de un adulto que se presente en esa forma a los ojos del público"

El recurso de casación en el fondo se fundamenta en el art. 546 del Código de Procedimiento Penal, "...por cuanto la sentencia califica como lícitos los hechos de la causa que la ley pena como delito en el artículo 373 del Código Penal, y absuelve al acusado. Sostiene que la sentencia comete error de derecho al dar un alcance restringido a ese precepto "que sanciona a los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no com-

(125) Rev. de Derecho y Jurisprudencia, C. Suprema, 14 Sep. 1959, R.T. 56, 2da. Parte, Secc. IV, pp. 218-221.

prendidos en otros artículos del mismo Código, puesto que no distinguiendo entre sentimiento de pudor que puede tener la persona misma de la víctima o los terceros, impide excusar o declarar lícita la acción del que sólo ofendiera el pudor de la víctima, cuando las otras personas no hayan llegado a sentir vergüenza por lo que presencia" (Considerando Nro. 2).

En sus considerandos 4 y 5 señala:

"4.- Que, como se ve, para incurrir en la sanción prevista en este artículo es necesario, primero, que se trate de un ultraje al pudor o a las buenas costumbres y, segundo, que ese ultraje se haya producido "con hechos de grave escándalo o trascendencia"; de manera que, si de cualquier modo se ofende el pudor o las buenas costumbres, pero no con hechos de grave escándalo o trascendencia, lo ocurrido queda fuera del alcance del art. 373;

5.- Que, por consiguiente, para determinar si se ha infringido este art., conviene estudiar desde luego si esta Corte podría modificar la sentencia en cuanto establece que los actos motivo de la querrela no se causaron con hechos de grave escándalo, porque en la hipótesis de que no pudiera modificarla en ese aspecto sería innecesario analizar el otro fundamento del recurso basado en la distinción ilegal que haría el fallo entre el pudor de la víctima y el de los terceros, ya que, aunque tales actos constituyeran ofensa al pudor, no estarían penados en el art. 373 porque no se habrían ocasionado con hechos de grave escándalo."

Si bien la Corte Suprema declara no ha lugar el Recurso de Casación este proceso abre la puerta al estudio de dos materias interesantes:

1.- A lo que nos referimos en un capítulo anterior en relación a los dos aspectos que reviste el pudor (126).

2.- Lo que implica "grave escándalo o trascendencia" (127).

4.- Sentencia dictada por la Corte de Santiago, el 3 de Septiembre de 1964, en juicio seguido contra la revista "El Pingüino", por ultraje a las buenas costumbres. (128)

Hechos: En la querrela de fs. 1 "se sostiene que la Revista "El Pingüino", de la que el reo es director, editor y propietario, se habría dedicado, desde hace un largo tiempo a "explotar la pornografía mediante la impresión de figuras, dibujos y grabados obscenos contrarios a las buenas costumbres" y se agrega, que en los ejemplares acompañados aparecen desnudos que distan mucho de perseguir una finalidad artística y que, por el contrario, están encaminados a lograr un propósito lúbrico."

Los considerandos 2,3,4,5,6,7,8 y 9 señalan:

"2.- Que corresponde dilucidar, entonces, si las fotografías y dibujos publicados en los ejemplares de la mencionada Revista en que se dice cometida la infracción, han sido o no insertados persiguiendo un propósito lúbrico y constituyendo así un ultraje a

(126) Vid. Nro. 4, letra B, Cap. IV.

(127) A saber si ese "o" está utilizado en forma disyuntiva o como equivalencia; respecto de quienes debe producirse estos efectos: sólo de aquellos que presenciaron el hecho o de los que lo conocieron con posterioridad y; finalmente, si implica necesariamente el conocimiento del hecho por una gran multitud, ya que si la ley también ampara el pudor individual, puede suceder que un acto determinado cause en una sola persona grave escándalo, o que sea de tal trascendencia que altere su normal desarrollo psíquico en forma profunda, aunque el hecho que produjo esta consecuencia no se haya realizado en forma pública ni conocido por otros individuos que el afectado.

(128) Rev. de Derecho y Juris., sep-oct. 1964, secc. IV, pp.313-315.

las buenas costumbres;

3.- Que el concepto de "ultraje a las buenas costumbres", lo constituye el desprecio a lo que es ordinario y usual en una comunidad en una materia determinada, y en especial, a lo concierne al aspecto sexual;

4.- Que parece de toda evidencia que en épocas pasadas la publicación de las fotografías, figuras y dibujos que contienen los ejemplares de la Revista "El Pingüino", acompañados a la querella, habrían producido escándalo, puesto que las costumbres en el vestir y la manera de presentarse las mujeres en público era muy diferente a la que se estila en la actualidad. Basta considerar al respecto los trajes de baño que usan en los balnearios y piscinas del país, que a pesar de cubrir muy escasamente sus cuerpos, no producen asombro, ni se tienen como reprobables por haberlos aceptado ya la generalidad de la gente como un hecho ajustado a las normas existentes;

5.- Que algo semejante ocurre con los espectáculos que se realizan en teatros, boites, y otros locales que explotan el género revisteril y humorístico, en los cuales las artistas se presentan en ropas ligeras y aún algunas sin ellas. Si bien les está prohibida la entrada a esos espectáculos a los menores de edad, no puede desconocerse que su existencia revela que desde hace ya largos años se ha venido operando un cambio trascendental en las costumbres que rigen esta clase de diversiones;

c.- Que tanto el uso en las playas y piscinas por las mujeres de trajes de baño de dos piezas (bikini), como los espectáculos referidos, están indicando que se trata de hechos ya admitidos que

no cabe concebir como un ultraje a las buenas costumbres;

7.- Que examinando ahora, concretamente los hechos incriminados, debe observarse que los dibujos, figuras y gravados que aparecen reproducidos en los ejemplares de la Revista "El Pingüino", que han dado motivo a la formación de esta causa, no constituyen una injuria o desprecio al concepto de moral que actualmente se tiene sobre estas materias, porque en una persona normal esas reproducciones no alteran en el aspecto sexual su actividad psíquica;

8.- Que por consiguiente, apreciadas esas publicaciones en un criterio actual, aunque audaces y humorísticas, no demuestran una finalidad obscena, pornográfica o lúbrica, ni se produce con ellas un genuino escándalo público...;

9.- Que por no estar establecido el delito, carece de importancia el hecho de que las Revistas hayan estado colocadas en los kioskos para la venta, a los que podrían tener acceso los menores de edad."

.Este fallo merece múltiples comentarios:

1.- Del considerando Nro. 2 se deduce que para que las imágenes que contenga la revista constituyan un ultraje público a las buenas costumbres, deben perseguir un propósito lúbrico, de tal modo que, aunque efectivamente existiera dicha ofensa, al no haber este segundo elemento, no existiría delito.

Se está haciendo referencia a un elemento subjetivo, cual es el "animus" del autor que la ley no exige en este tipo penal.

2.- Del considerando Nro. 3 se desprende que por "buenas costumbres" dicha Corte entendió "lo que es ordinario y usual en una

comunidad en una materia determinada y en especial, en lo concerniente al aspecto sexual". Sin embargo, en verdad esa definición se refiere sólo a lo que es la "costumbre" (lo ordinario, lo usual), pero no considera el calificativo de "buena". Se podría decir a vía ejemplar y de acuerdo a la definición dada por ella que los accidentes del tránsito ocurridos entre Navidad y Año Nuevo causados por la mayor ingestión de alcohol en esas épocas, constituyen una "buena costumbre" porque ello es ordinario y usual en esta materia, por el mismo motivo, la violación de niños y niñas en sectores poblacionales, también lo son en materia sexual.

En consecuencia dicha definición es insuficiente.

3.- En los considerandos 4, 5 y 6 explica como a su entender las imágenes de la Revista "El Pingüino" no dañan las buenas costumbres porque ellas no causan asombro, del mismo modo como no lo causan las bañistas que lucen trajes de baño en playas y piscinas o las artistas que en boites "se presentan en ropas ligeras y aún algunas sin ellas".

Sin embargo, esto no constituye fundamento alguno, ya que, y sin considerar lo dicho en el número anterior, no se ha tenido en cuenta que se trata de diferentes espacios físicos los de uno y otro suceso. Qué sucedería si alguna de aquellas "bañistas" o "artistas" se presentaran de ese mismo modo en el centro de la ciudad ?.

Para determinar lo que es ordinario o usual, no basta con limitarse al hecho concreto, debe analizarse dentro de un conjunto de elementos como son las circunstancias, el lugar, etc.

4.- Finalmente, en el considerando Nro. 7 afirma que "en una persona normal esas reproducciones no alteran en el aspecto sexual su actividad psíquica". Constituye una aseveración subjetiva de la Corte toda vez que el fallo no señala los informes médicos o psiquiátricos que se hubiesen acompañado al proceso y que indique una conclusión de ese tipo.

Todo lo dicho, sin perjuicio de que dicho fallo desconoce en su considerando número nueve, lo que la doctrina internacional sostiene en cuanto a la especial protección de menores en este tipo de delitos y que, por ende, debió hacerse un análisis específico sobre este punto.

La verdad es que la sentencia de la Corte no fija conceptos referentes al tema de esta tesis, más aún, los escasos esbozos trazados por ella en relación con las "buenas costumbres" son del todo incompleta y por ende, insatisfactorias para un estudio serio sobre la materia.

5.- Sentencia dictada por la Corte Suprema, con fecha seis de Junio de 1980, en recurso de reclamación interpuesto por José María López Sánchez y otros en contra del Decreto Exento Nro. 174 de 26 de Mayo de 1980, del Ministerio del Interior que los expulsa del país. (Rol Nro. 21.869-80)

Hechos: Los reclamantes "ingresaron al territorio nacional como Residentes Sujetos a Contratos para representar en el Teatro Opera de esta capital la comedia musical "Vedettisimas"; que debutaron el 15 de Mayo de este año; que el 23 del mismo mes por Resolución Nro. 1.185, del 22 de Mayo, se

revocò el visado, prohibiéndoseles la representación de dicha comedia..."

En el considerando Nro. 4, el fallo establece que "en conformidad con el artículo 4to. del Decreto Ley 1.094, el otorgamiento y prórroga de las autorizaciones de turismo y de las visaciones a los extranjeros en Chile será resuelto por el Ministerio del Interior.- Según el artículo 15 Nro. 2 se prohíbe el ingreso al país a los que ... ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres. El artículo 63 establece que deben rechazarse las solicitudes que presenten los peticionarios sobre otorgamientos de prórrogas de turismo, visaciones, prórrogas de visaciones y permanencia definitiva, entre otros... a los que queden comprendidos en los Nros. 1 ó 2 del artículo 15 ..."

En el considerando Nro. 10 se señala que constan en el expediente el fundamento en que se ha basado el decreto que se impugna. "Basta leer a fs. 5 "Sarita. La picardía en el espectáculo corre por cuenta de Luis Sarai, quien baja a la platea y sostiene chispeantes diálogos con el público vestido de Sarita Montiel. Y que lo hace bien lo certifica la propia Sarita, quien se presentó junto a él en un Café Concert, muy feliz de "actuar con la que podía ser su hermana". Además, en estrados se expresó por el abogado del Ministerio del Interior, sin ser desmentido, que el espectáculo mismo, esto es las canciones de los artistas que se imitan, que dan como propios los actores vestidos de mujer y aparentando ser ellas las que cantan, no duran más allá de 45 minutos y el resto lo constituyen gestos, actitudes,

insinuaciones con el público, sentarse en la falda de los varones y, demás reñidas con la moral y las buenas costumbres. Si en un espectáculo público, un varon, vistiendo como tal, o como mujer, no siéndolo, ejecuta las acciones reseñadas, que son impropias de su sexo, con éllas atenta contra la moral y las buenas costumbres."

Este fallo, si bien señala que la autoridad en este caso para determinar que es contrario a la moral o a las buenas costumbres es el Ministerio del Interior, no hace por si mismo un análisis sobre la materia, ni tampoco se pronuncia si para esa Corte los actos referidos constituyen o no un atentado contra dichos bienes, sólo se limita a reproducir los fundamentos en los cuales se basó el Decreto de expulsión y rechaza la reclamación como lógica consecuencia de ese razonamiento.

6.- Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 22 de Diciembre de 1983, en Recurso de Protección interpuesto por Nelly Salas Rubilar en contra del Decreto Alcaldicio Nro. 144 de la Sra. Alcaldesa, doña Carmen Grez de Anrique, que dejó sin efecto la autorización de funcionamiento para el giro de Salón de Belleza y Cosmetología . (Rol Nro. 193-83 P)

Hechos: "... a doña Nelly Salas se le confirió autorización para instalar un salón de belleza y cosmetología en 1981; ... funcionarios de la décima novena comisaría de carabineros informaron que en el inmueble donde el referido salón debe funcionar, la reclamante no dispone de los implementos atinentes; en seguida, relata que la policía constató que en el lugar se e-

jerce la prostitución en forma encubierta..."

El decreto alcaldicio revocó la autorización por destinarse el establecimiento a actividades contrarias a la moral y distintas al giro amparado por la patente suprimida.

La Corte resolvió, en su considerando Nro. sexto, a favor del Ddecreto Alcaldicio, y rechaza el recurso que alegaba la arbitrariedad de dicho Decreto.

Como en el caso del fallo anterior, éste tampoco da un concepto ni hace un estudio de lo que puede entenderse contrario a la moral o a las buenas costumbres, sólo señala que ejercer la prostitución se riñe con la moral y las buenas costumbres, razón por la cual se le revocó la autorización, además del hecho de haberse ejercido una actividad distinta del giro amparado por la patente concedida.

7.- Fallo dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 29 de Abril de 1983, en recurso de Protección interpuesto por los señores Guillermo Fonck O'Brien y Marcelo Benavente en contra del señor Alcalde de la Municipalidad de Santiago, don Carlos Bombal Otaegui, por haber dictado la ordenanza Nro. 24, que prohíben los "café espectáculo" y "salas de espectáculos" la presentación de espectáculos que atenten contra la moral o las buenas costumbres, la aparición de artistas y de personas total o parcialmente desnudos, o simulando el desnudo mediante el uso de ropas transparentes. (Rol Nro. 102-82P)

En su considerando Nro. 3, el fallo asevera la facultad que la autoridad edilicia tiene para dictar este tipo de normas y

que por ende no es ilegal, más aún, dicha sentencia agrega: "Al respecto cabe consignar que por mandato del artículo 107 de la Constitución Política de la República, la máxima autoridad de la municipalidad es el alcalde y su finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación, entre otros, por el progreso cultural de la comuna."

"Es por ello que la Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal reconoce expresamente la potestad alcaldicia, como no podía dejar de hacerlo sin traicionar la intención del constituyente."

En cuanto a la posible actuación arbitraria del señor alcalde, en el considerando Nro. 4 dicho fallo señala: "Si bien resulta hoy en día claro que la exhibición del cuerpo sin ropas -que no otra cosa es el desnudo- no es en sí mismo y por sí solo reprochable moralmente, no puede decirse lo mismo de aquellas prácticas en que se lo rodea de circunstancias tales, que la mera carencia de vestidos pasa a ser un accidente, y lo substancial el solaz en torno a la desviación de las finalidades propias del cuerpo humano y sus órganos."

"Es por eso que la autoridad recurrida no se limitó a prohibir el desnudo, sino "la presentación de espectáculos que atenten contra la moral o las buenas costumbres, como así mismo la aparición de artistas desnudos, en forma total o parcial, o simulando el desnudo mediante el uso de ropas transparentes", dando así a entender que el nudismo incidioso, el estimulante de perversiones, el que vedará a través de los funcionarios a quienes corresponde la fiscalización pertinente."

Una vez más no se hizo un estudio de fondo de la materia que nos interesa, pareciera que la determinación de lo inmoral y contrario a las buenas costumbres queda entregado a la moralidad de la autoridad de turno, ya sea la autoridad alcaldicia, a la del Ministerio del Interior u otra según sea el caso.

C.- Jurisprudencia Extranjera.

El pudor y las buenas costumbres son protegidos en la gran mayoría de las legislaciones, por esta razón en todos aquellos países en que se amparan estos bienes, existe jurisprudencia a su respecto.

Sin embargo, solamente me he abocado al estudio de la Argentina y de la Española por tener ellas mayor material en este sentido.

1.- Jurisprudencia argentina.

Destacan los fallos dictados en la República hermana por el análisis profundo que ellos hacen cuando deben referirse a estos conceptos y determinar la comisión de un hecho punible.

El Código Penal argentino sanciona en su art. 128 "Al que publicare, fabricase libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los expusiere, distribuyere o hiciere circular"; el art. 129 castiga a los que en sitios públicos o privados, ejecutare o hiciere ejecutar por otros exhibiciones obscenas ex-

poniéndose a que dichos actos pudieran ser observados involuntariamente por terceros; ambos artículos se encuentran ubicados bajo el rubro de los "ultrajes al pudor público", dentro de la estructura del título de los "delitos contra la honestidad".

Como ya se ha dicho, dentro de la honestidad quedan comprendidos los bienes jurídicos pudor y buenas costumbres, como lo ha establecido la doctrina Argentina, la cual, ha debido enfrentar el estudio de esta norma analizando, además de dichos conceptos, el de obsceno.

Jiménez de Asúa (129) citando lo dicho por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en el sentido de que lo obsceno debe ser apreciado con un amplio criterio "sin dejarse llevar por una sensibilidad que se alarme de todo, ni por una despreocupación a que nada repugne". Luego agrega: "Dicen los magistrados argentinos que la obscenidad es todo aquello que, por el escrito o por la imagen, tiende a excitar los instintos groseros y los bajos apetitos sexuales; es la cualidad de la lasciva y de lo lúbrico; es la pompa de la deshonestidad, de la licencia impúdica, de lo lúbrico, de lo inmundo".

Citando el fallo de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital dictado en el proceso incoado en contra la publicación de la novela de Victor Marguerite: "La Garçonne": "el término legal de obsceno debe entenderse como todo aquello que, por lo escrito o por la imagen, tiende a excitar los instintos groseros o los bajos apetitos sexuales, ultrajando el pudor y las buenas costumbres". Más adelante el fallo agrega: "En este sentido, con

(129) Op. cit., p. 138.

respecto al libro, es obvio por una parte, que las expresiones susceptibles de herir el pudor público tienen un alcance distinto y menos grave que las que se exteriorizan en la imagen, objetos y aún escritos distribuidos por la prensa u otros medios, desde el momento que el libro sólo es leído por quién concretamente lo adquiere y, por la otra, que tratándose de una obra extensa y compleja por definición, sólo de su conjunto puede deducirse si se trata de una producción destinada a herir el pudor público de las expresión de ideas o nociones científicas, filosóficas o simplemente concepciones de arte y belleza" (130).

Finalmente, citando una sentencia pronunciada por el juez Arancibia Rodríguez respecto del libro titulado "La canalla sexual" señala: "En ella se destaca el valor de la intención que guía al autor y la necesidad, por ende, de valorar el contexto total de la obra y no de párrafos aislados. La obscenidad -dice- no surge "exclusivamente de su significación material y objetiva, sino también y principalmente de su significación subjetiva" y ésta "no puede evaluarse sin analizar previamente el propósito o fin inmediato tenido en vista por el autor o autores, pues esa tendencia es lo que en el concepto social determina la calificación del acto como ultraje al pudor, como indiferente o como excusable, aunque sea objetivamente grosero o impúdico. Es necesario que la obra tienda a excitar los instintos groseros y los bajos apetitos sexuales. El pensamiento que inspiró al autor, el motivo ideológico inmediato, tendrá entonces que haberse enderezado a contrariar los sentimientos de moralidad y honestidad públicas". (131)

(130) Ibid., p. 140.

(131) Ibid., p. 141.

En la causa "Getino, Justo O.", la Cámara Nacional Federal, Sala Criminal y Correccional, dictó fallo con fecha 28 de Julio de 1976, en su único considerando señala: "Lo obsceno es algo más que lo impúdico, es lo que ofende torpemente el pudor. Se trata de un concepto valorativo cultural que depende de la sensibilidad moral media de un pueblo dado en un momento determinado, lo que se quiere preservar de lo torpe, de lo grosero, lo asqueroso, para evitar su paulatina degradación". (132)

Interesante resulta el fallo pronunciado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, en juicio seguido contra Carlos A. Alvarez Insúa, por infracción al art. 128 del Código Penal, dictado con fecha 25 de Agosto de 1986. En él, el Dr. Abel Benorino Peró, hace un extenso y profundo análisis sobre el contenido de la norma y su significación social, el cual fue aprobado por los restantes miembros de dicho Tribunal.

Señala el fallo (133): "El Dr. Abel Benorino Peró dijo: no puede olvidarse que la norma jurídica que castiga la pornografía, es un tipo penal de los denominados "abiertos", y se encuentra supeditada como en muchos otros casos de figuras delictivas ocurriera, a la interpretación que tanto de la doctrina como de la jurisprudencia aparezca..."

"... tanto la doctrina como la jurisprudencia en gene-

(132) Extraído del fallo contenido en el artículo de Jaime MALAMUD GOTI, "Revista Doctrina Penal", año 1984, (Edic. Depalma, Buenos Aires, Argentina), p. 499.

(133) Extraído del fallo contenido en el artículo de Alberto BINDER sobre "Notas al fallo; "Pornografía: Dignidad humana y represión cultural", Rev. Doctrina Penal, Nro.36/86, (Edic. Depalma, Buenos Aires, AArgentina, 1986), pp. 627-629.

ral, parten de la base que el vocablo "obscenidad" implica la impudicia ofensiva del pudor con que el agente se conduce."

"Este, a su vez, el pudor, entraña la honestidad y el recato propio de las personas decentes, cuyos términos no se excluyen entre sí, sino que se complementan pues la impudicia podrá ser el vehículo idóneo que lleve a la obscenidad, resultando por ende obsceno todo aquello que pueda excitar la sensualidad de los terceros..."

"Resulta indudable que la obscenidad debe ser analizada, cuando fueron puestos de manifiestos los instintos groseros y los bajos apetitos sexuales, que despiertan la lasciva y lo lúbrico del lector..."

"Los países que pretendan ser cultos, y que deseen preservar a sus habitantes y a sus familias que lo integran del libertinaje que con sus secuelas degradante ultraja la moral pública de la sociedad, deben estar dispuestos a nunca sacrificar tan rico patrimonio."

"Debemos preservar, a cualquier costo, la moral y las buenas costumbres tan caras a nuestras instituciones, pues los beneficios que ellos importan a nuestra civilización, no puede, ni debe ser algo que se halle a disposición de aquellos que se lucran con tal precioso contenido ético."

"No se me escapa que nadie pueda en alguna medida obligar a ser virtuoso a quien no desea serlo, pero no debe pasarse por alto que tampoco se puede exhibir las lacras de la desviación sexual y de la apología del sexo sin el respeto que el mismo merece, pues en la historia de la humanidad, el epicentro de la caí-

da de alguno de sus pueblos, tuvo su origen en el relajamiento de los valores morales, tal como aconteciera con Atenas y Roma, razón por la cual, los distintos Estados contemporáneos en general, otorguen a la honestidad y al pudor una sólida protección penal, tutelando así a la juventud en especial de todo aquello que resulte ser nocivo para su salud espiritual."

"... no debe confundirse la libertad de expresión..., con la falta de respeto a ella y a la que se nos conduce por medio del licencioso libertinaje."

Más adelante, señalando la diferencia que existe entre Argentina y Europa cita a Jaime Prats Cardona "... guste o no guste a ciertas personas, la cultura argentina está enraizada y responde a sus propias tradiciones, que arrancan del fondo de un pasado nutrido de la corriente hispánica heredada que entronca, a su vez, en la civilización occidental y cristiana y bajo cuyo signo, felizmente, todavía vive, cualesquiera que sean, las dimensiones que en el orden político puedan agitarla, pero que no conturban sus auténticos perfiles nacionales, ni la desgajan de sus fuentes sin las cuales tanto valdrían como un árbol sin raíces".

Finamente, de una manera menos profunda, y sin entrar a delimitar ni definir conceptos, pero señalando cual es la misión del Estado, el fallo dictado por el Juzgado Nacional, 1ra. instancia en lo Criminal de instrucción 23, Secretaría 139, en causa seguida contra Noacco, José Ignacio, sin denuncia, por infracciones al art. 128 del Código Penal, del 25 de Junio de 1985, señala (134): "No prohíbe (la ley), en consecuencia, la proyección

(134) El texto del fallo fue extraído del reproducido en un artículo de Carlos BORINSKY, art. cit., p. 95

de ese tipo de películas, ya que cabe colegir que no es una función del Estado obligar a una persona a ser virtuosa, sino protegerla si quiere serlo, sin perjuicio de la tutela que debe ejercer respecto de los menores". Más adelante, citando a Soler señala "el blanco a que la figura apunta es la necesidad de proteger la generalidad de la gente, tanto a los que de ningún modo querían ver, cómo a los que de ningún modo conviene que vean".

2.- Jurisprudencia española.

El Código Penal español, dentro del capítulo II, del título IX, del Libro II, se refiere "De los delitos de escándalo público". En el art. 431, Nro. 1, sanciona a "Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia.", como se ve, no existe mayor diferencia con nuestra norma.

Manuel Rodríguez Navarro, contempla en su obra "Manual de Doctrina Penal del Tribunal Supremo" (135) una serie de actos que han sido considerados jurisprudencialmente como contrarios al pudor o a las buenas costumbres. Señalaré sólo aquellas que merezcan mayor atención.

1.- "El público anuncio de una sustancia destinada a evitar la procreación de la especie humana, indicando al mismo tiempo la forma y manera de utilizarlo para que produzca el efecto deseado, no puede por menos, en buenos principios de moral, de ser constitutivos de delito de escándalo público definido en este número, (135) T. II, (Edic. Aguilar, Madrid, 1980), pp. 3.690 y ss.

ya que por tal hecho, aún prescindiendo de la doctrina de la Iglesia, tiende a contrariar la misma naturaleza facilitando el vicio y la prostitución, sin que pueda influir en tal calificación la circunstancia de que no fueran repartidas las hojas impresas en que se anunciaba el producto, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo, no es preciso que el escándalo se produzca en el acto de verificarse el hecho, bastando que exista al ser conocido. (S. 21-12-935 ; t. 135 ; pág. 483.) "

2.- "La posesión de un depósito de libros y fotografías pornográficas que reproducen los vicios y aberraciones más monstruosas del instinto sexual, y su expendición a las naciones extranjeras son actos comprendidos en la sanción de este artículo, pues aparte de que su venta constituye siempre un tráfico reprobable y ofensivo a la moral y buenas costumbres, su trascendencia en este orden es también notoria e intensa, porque su difusión y esparcimiento tiende a excitar las pasiones eróticas y contribuye eficazmente a la más lamentable depravación. (S. 24-4-914 ; G. 15-9-914 ; t. 92 ; pág. 323.) "

3.- "Las palabras ofensivas y cantares obscenos dirigidos a una persona, no sólo constituye un delito de injuria contra la misma, sino también el de grave escándalo, si con dichas palabras ofensivas y cantares obscenos se ofende el pudor o buenas costumbres con hechos de grave escándalo dado para la población en que tiene lugar. (S. 8-7-874 ; G. 7-9-874 ; t. 11 ; pág. 211.) "

4.- "El hecho de abandonar una mujer casada la casa conyugal, y pasar una noche en una de prostitución, puede hallarse com-

prendido en este artículo como contrario al pudor y buenas costumbres y de grave escándalo en la esfera moral pública y de trascendencia también grave en el orden de la familia. (S. 12-1-887 ; G. 25-5-887 ; t. 38 ; pàg. 75.)"

5.- "Los actos deshonestos realizados en la vía pública por el acusado en presencia de personas del sexo femenino, con ofensa y menosprecio del pudor de tales personas y el consiguiente escándalo, son, en sí mismos, y aunque no se hubiesen ejecutado con insistencia durante largo tiempo, constitutivos, en razón de su gravedad y trascendencia, del delito definido en este artículo. (S. 30-3-909 ; G. 31-10-909 ; t. 82; pàg. 330.)"

6.- "Se integra este delito con el hecho de fingir un matrimonio civil secreto para satisfacer torpes deseos de deshonor de una doncella, porque estableciéndose disyuntivamente en dicho precepto como factores característicos de tal delito el escándalo o la trascendencia, no es posible desconocer las trascendentales consecuencias para la moralidad pública y para la reputación de la honesta agraviada tuvo lugar el referido suceso, aparte de que, según doctrina de esta Sala, debe entenderse que hay publicidad siempre que el atentado contra el pudor o las buenas costumbres tenga efecto en condiciones que hagan inevitable su divulgación y sean adecuadas para ocasionar escándalo. (S. 2-6-917 ; . 5-9-917; t. 98 ; pàg. 336.) "

7.- "El acto de acercarse el procesado en el campo a la ofendida, menor de edad, y luego de grosera demostración invitarla a cohabitar con él, persiguiéndola sin lograr darle alcance, cons-

tituye por su impudicia y trascendencia en el orden moral el delito de escàndalo pùblico definido en este artículo. (S. 18-4-925 ; G. 16-10-925 ; t. 112 ; pàg. 263) "

8.- "Constituye el delito definido en este artículo el dedicarse los procesados a la venta de aparatos, libros, tarjetas y otros objetos pornogràficos, repartiendo anuncios pùblicamente de tales mercancías, siéndoles ocupados en una tienda gran cantidad de dichos objetos, porque tales actos ofenden gravemente el pudor y buenas costumbres, y por la publicidad con que se realizaron no pueden sancionarse como falta prevista en el artículo 586. (S. 16-12-910 ; G. 22-4-911 ; t. 85 ; pàg. 322.) "

9.- "Afirmando el Jurado que el culpable se dedicaba a revelar placas fotogràfica gravemente ofensivas al pudor, las cuales le entregaba otra persona que se dedicaba a vender las fotografías reproducidas, sabiendo el procesado el destino que a tales reproducciones se le daba, quedò integrado jurìdicamente el delito definido en este artículo, reformado por la Ley de 21 de julio de 1904. (S. 4-1-909 ; G. 9-10-909 ; t. 82 ; pàg. 9.) "

10.- "Constituye el delito definido en este artículo el hecho de publicarse y venderse profusamente la novela por su carácter pornogràfico y por la narraciòn de escenas descritas con la mayor crudeza y grosería, por lo que no puede menos de reputarse gravemente escandalosa, ademàs por sus perniciosos y trascendentales efectos, tanto en el orden moral como en el físico, para la juventud inexperta , víctima de las pasiones. (S 16-6-928 ; G. 3-12-929 ; t. 117 ; pàg. 640.)"

CAPITULO VI

CAPITULO CONCLUSIVO

A.- Importancia de la delimitación conceptual.

En una especie de síntesis, diré que es de trascendental interés trazar los márgenes entre los cuales el juez debe moverse para estudiar estos conceptos y determinar la existencia o ausencia del delito, no sólo por la imàgen de estabilidad y continuidad que la justicia debe proyectar sobre la sociedad, sino también por la certeza que el ciudadano debe tener sobre lo que constituye un delito y lo que no.

Por otro lado, la manera en que se practique esta delimitación dará la pauta del estilo de Estado que se pretende organizar, en el sentido de que ella será una manifestación de a escala valórica, reflejada en los bienes jurídicos, dentro de la cual se pretende mantener a la sociedad.

Alberto Binder, en este mismo sentido sostiene que "En torno al problema social de la pornografía se han perfilado nitidamente dos corrientes de opinión: una -conservadora- ha buscado ampliar el àmbito de las conductas comprendidas por los tipos penales legislados en los artículos 128 y 129 del Código Penal; la otra -liberal- ha tratado de restringir y limitar su aplicación, buscando preservar la esfera de las conductas privadas de los

hombres, insusceptibles de regulación jurídica. Tras estas líneas doctrinarias existen diversos postulados acerca del bien jurídico protegido, del grado de protección que merecen, de la actuación de los jueces en estos casos, etc. En fin, se enfrentan dos concepciones de la sociedad, del Estado y de los valores que a ambos sustentan" (136).

No se trata de una labor carente de trascendencia o gatzmoña a la que nos hemos dedicado, vistos ya los fundamentos que estos valores tienen y su rol al interior de la sociedad como instrumentos sustentadores de otros valores superiores los cuales, a su vez, llevan, como una cadena valórica ascendente, al fin último del Estado, debe dárseles, entonces, la protección que merecen y en la forma adecuada.

Conviene no olvidar que dicha cadena puede verse destruida totalmente si se parte desligando el eslabón primero, el cual, por ser el más pequeño y de menor resonancia, es generalmente despreciado por aquellos que no tienen la sensibilidad ni la agudeza para descubrir que eliminando el primer eslabón, el segundo tomará su lugar, para que, dentro de cierta cantidad de años, sea considerado de mismo modo como lo fue su predecesor.

De aquí también surge el imperativo de establecer, si fuese necesario en forma objetiva y con casos concretos, límites dentro de los cuales se consideraría cometida una ofensa al pudor o a las buenas costumbres, a fin de que éstos no puedan ser sobrepasados en un momento dado con ciertos hechos que luego sean considerados inocuos para dichos bienes.

(136) Art. cit., p. 618

Sin embargo, èsto representa una utopia; la demostraci3n que la historia nos da sobre la evolucion de las costumbres, de como existe una especie de circulo vicioso, ya que por regla general la mäs firme represi3n da paso a una absoluta relajaci3n, frente a la cual se reacciona volviendo a cohibir dichas deshini- biciones y así hasta nuestros días; de que "nada nuevo hay bajo el sol", todas las desviaciones, desgeneraciones y males sociales han existido sobre la faz de la tierra desde que el hombre la pobl3; en consecuencia, se ha roto y reconstruido millares de veces la cadena a que me he referido, no sólo en su primer eslab3n, si- no tambi3n hasta el último.

Queda claro que la delimitaci3n conceptual debe hacerse a un nivel de principios, no èticos, sino jurídicos, en cuanto que pudor y buenas costumbres son valores de esta última especie, de aquellos por los cuales el Estado se rige y que ha captado de los individuos que lo componen. De tal modo que cuando un acto infrinja dichos principios debe ser sancionado.

Es así como cada sociedad se determinará su propio ca- mino frente a los problemas planteados por Binder: qué bienes proteger, cómo protegerlos y cómo debe actuar el juez en esos ca- sos.

A pesar de todo lo dicho, no es suficiente para solu- cionar el primer problema planteado. Dentro de esos "valores", nos encontramos con uno que es tan importante como la moralidad pública y tal vez más, en cuanto se encuentra consagrado consti- tucionalmente como un deber del Estado, en el artículo 19, Nro.3, inciso 8vo., el cual señala: "Ninguna ley podrá establecer penas

sin que la conducta que sanciona esté expresamente descrita en ella".

Los grandes valores sociales de la legalidad, que rige especialmente al Derecho Penal, y la seguridad jurídica, pueden vulnerarse por los artículos 373 y 374 del Código Penal, al sancionar actos que ofenden ciertos valores que revisten carácter relativo. ¿Qué sucede con los ciudadanos a los cuales se les debe aplicar esas disposiciones? ¿Cómo funciona el poder punitivo en estos casos al interior del Estado de Derecho?

Son problemas graves, ya planteados y que exigen una solución, desgraciadamente difícil de encontrar y más aún, de consagrar de un modo racional dentro del cuerpo legal. A lo más que puede aspirarse es a establecer puntos objetivos a los que el intérprete deba atenerse para analizar el caso concreto y aplicar la conclusión obtenida de una manera subjetiva.

B.- Búsqueda de una posible delimitación objetiva.

Para enfrentar este tema es necesario establecer primero, si existen, tanto en el mundo material como intelectual, alguna cosa o idea que pueda calificarse de "objetiva".

En el Capítulo II de esta Tesis se estudió brevemente la Teoría de los Valores, analizando este aspecto de su existencia. Mientras para Platón y Santo Tomás, lo absoluto puede encontrarse, según el primero en las "Ideas puras" y de acuerdo al segundo, en el "Bien Supremo" o Dios; para Ayer los valores éticos no tie-

nen existencia y mucho menos podrá encontrarseles un carácter objetivo; finalmente, Kant sostiene que el hombre, como fin en si mismo, es a la vez, única fuente de los medios para obtener ese fin y, por ende, único sustentador de lo absoluto.

No pretendo encontrar la solución a este problema que tanto ha hecho pensar a los más connotables filósofos y durante tanto tiempo, ya que incluso la existencia misma de lo absoluto y su manifestación en lo objetivo, ha tomado el carácter de relativa y subjetiva.

En materia penal los valores, como bienes jurídicos protegidos, no se liberan de esta característica; si es cierto que se entiende como bien jurídico todo aquello que es materia de protección de la ley positiva, también es cierto que lo que ha sido objeto de ese resguardo, ha variado en el tiempo y en el espacio del mismo modo como sucede con lo que debe entenderse por pudor y buenas costumbres; incluso ciertos valores que hoy nos parecen indiscutibles, como la vida; antes de que el hombre formara comunidades y se auto dictara leyes, no era tal; luego, cuando ya había constituido sociedades, como en la espartana, la vida de aquellos seres que serían inútiles para la guerra eran eliminadas. En el plano práctico, la relatividad de los valores jurídicos, se vuelve una realidad.

Sucede que ciertos bienes han sido erigidos en objeto jurídico del Derecho Penal dentro de una determinada legislación, porque la sociedad, que ella regula, lo ha exigido por considerarlos necesarios para obtener ciertos fines que ésta se propone alcanzar.

Por ende, la existencia que pueden llegar a tener cier-

tos bienes jurídicos, dice íntima relación con el fin perseguido por la comunidad y plasmado en la normativa que ella se auto impone. Nace de aquí un primer criterio objetivo utilizable al momento de interpretar la norma.

Una vez que los individuos que conforman la sociedad determinan algo como bueno para la obtención de algún fin, lo entrega al Estado para que lo resguarde, el cual no puede olvidar cual ha sido el origen de su poder respecto de ese bien, por eso, cuando tenga que analizar si éste ha sido lesionado, debe volver su mirada hacia aquellos que pusieron en sus manos su protección y observar si con ese acto se ha dañado el bien en si mismo o impedido el logro del fin deseado con él.

Por otro lado, para poder conocer y apreciar en toda su magnitud la finalidad que la comunidad pretende alcanzar, es necesario tener una visión completa de la sociedad, sus orígenes, expresiones, valores, circunstancias, organización, etc. en cuanto cada agrupación de individuos posee ciertas características que la distinguen de las demás, diferencias que se manifiestan no sólo en las costumbres, sino también en el aspecto biológico.

Por lo tanto, conocer la finalidad deseada no basta, se requiere además conocer al que la desea, en definitiva, saber a quién se está protegiendo. De aquí surge el segundo criterio objetivo.

Ahora bien, dentro de esa "agrupación humana" por la cual la ley vela sus intereses, existe una multiplicidad de escalas valóricas y de valores mismos, sustentados por sus integrantes. Cómo determinar cuáles amparar y cuáles no? En qué orden?

He aquí un grave problema, pero que en la práctica se soluciona sólo y casi íntegramente, ya que la gran mayoría de esos valores le vienen dados de culturas anteriores de las cuales desciende, como una especie de "heredera" de principios y costumbres. Pero, además, muchos de ellos, y otros, los posee el hombre como manifestación de ciertas necesidades naturales, por lo que su consagración en la ley se produce casi sin mayor cuestionamiento.

A pesar de esto, hay algunos que si lo provocan, especialmente aquellos en que no aparece de un modo tan evidente que su lesión sea dañosa para la comunidad o para el individuo en forma particular; estos son los bienes a los cuales se les califica de "relativos", pero más propio sería llamarlos "subjetivos" en cuanto la importancia que se les dé, dependerá de cada persona. Sin embargo, esa "subjetividad" no los hace inexistentes, ni mucho menos innecesarios, por ello, igualmente se consagran en el ordenamiento legal como bienes jurídicos protegidos.

Dentro de este último grupo es donde nos encontramos con el pudor y las buenas costumbres, los cuales, después de éste análisis, han dejado de ser valores etéreos, perdidos en las sombras de la conciencia humana, han tomado cierto perfil y concreción, al menos en cuanto a su existencia e importancia individual y social.

Mas, esto no es suficiente para dar una solución a la inseguridad jurídica que ellos provocan, ni al quebrantamiento del principio de la legalidad que significan.

Concluyendo, como bases generales de la delimitación objetiva, hemos encontrado que ellos deben analizarse a la luz,

primero, del fin perseguido por el legislador (El cual ha sido determinado por la sociedad) y, segundo, del contexto de la sociedad en la que se pretende aplicar. En otras palabras, el por qué y a quién se está protegiendo al sancionar las lesiones al pudor y buenas costumbres.

1.- Razón de existencia de la norma.

En otras palabras: Por qué se amparan estos bienes?

Ya se ha dicho bastante en este sentido, sin embargo no está demás recalcar que ambos, y como lo reconoce la gran mayoría de la doctrina, son sustento de la personalidad, la familia y, en definitiva, de la sociedad.

Ernesto Ure dice: "Las anteriores reflexiones justifican que el Estado acuerde al pudor público categoría de bien jurídico merecedor de enérgica tutela en el ámbito penal" (137).

Como tales, no sólo son un fin en si mismos, sino que un medio en la prosecución de otros valores de rango superior, culminando en el orden, perfección y felicidad de la sociedad y de cada uno de sus miembros.

De tal modo que cuando un hecho que ataque al pudor o a las buenas costumbres produzca una situación de peligro o un daño efectivo, ya sea a ellos, como valores bases, a los de rango intermedio, o a los superiores de esa escala, debe ser sancionado según la magnitud de la lesión producida.

(137) Op. cit., p. 13.

2.- Ambito de aplicaci3n.

O bien, a qui3n se pretende proteger?

Esta materia es fundamental. "Es pues (el pudor), eminentemente valorativo, y como tal varía de acuerdo a las costumbres, la raza, el clima, la tradici3n, la educaci3n y las sensibilidades colectivas... Y a3n dentro de un mismo pa3s y en una misma 3poca, las distintas condiciones geogr3ficas y la diversidad de culturas regionales determinan una diferente vivencia del pudor... " (138).

Es decir, al aplicar una norma, especialmente una de este tipo, deben analizarse las raices culturales y los valores de esa sociedad, su organizaci3n, costumbres, idiosincracia, clima, conformaci3n biol3gica de sus componentes, etc. (139).

Sucede que por diversos motivos, uni3n de razas diferentes, influencia de los medios de comunicaci3n cada vez m3s perfeccionados, imitaci3n de formas de vidas de pa3ses l3deres a los cuales se les admira por su desarrollo econ3mico o tecnol3gico, etc. , la cultura propia de una naci3n se ve influenciada por la de otra, adquiriendo costumbres no siempre ajustables en forma conveniente a su propia idiosincracia, alterando su normal evoluci3n y desvi3ndola de los fines propios.

(138) Loc. cit.

(139) Enciclopedia Jur3dica Omeba, t. II, op. cit., p. 416, refiri3ndose a las buenas costumbres se3ala: "En este sentido, y en general para las naciones que integran la civilizaci3n Greco-occidental, sin perjuicio de su efectividad, que puede alcanzar modos distintos en cada persona o pa3s, puede afirmarse que el ideal de la moral cristiana fundada en la religi3n respectiva y en la filosof3a greco-occidental, son, por decirlo as3, depositarios de los valores que se encuentran imbricados en todos los ordenamientos jur3dicos de las naciones que siguen aquella tradici3n."

Cómo debe actuar el intérprete en estos casos? Debe analizar los hechos a la luz de la sociedad primitiva? o a la de la nueva? a la formada en parte por lo que le es propio y en el resto por las influencias foráneas aunque éstas sean negativas? (140).

A mi modo de ver, el juez debe amparar los valores de la sociedad primera, de aquella cuyos principios se encontraban salvos de influencias culturales contrapuestas a su idiosincracia, ya que ellas producen una alteración de su natural desarrollo por no encontrarse preparada para recibirlas, lo cual puede producir un quebrantamiento en el orden, felicidad, estabilidad y perfección de la comunidad, todo lo cual constituye el primer criterio objetivo a que el intérprete debe atender.

C.- Elementos objetivos que deben considerarse en la calificación del hecho.

Señaladas ya las delimitaciones objetivas fundamentales generales, sólo resta indicar cuales elementos concretos deben tenerse en cuenta al momento de estudiar un hecho y deter-

(140) Debe decirse que generalmente lo serán ya que, a parte del hecho mismo de ser elementos absolutamente extraños en una sociedad y difícil de adaptar en su totalidad; la mayoría de las veces, se tiende a imitar aquello que sensiblemente aparece más agradable, lo cual, comúnmente, es más perjudicial que beneficioso. Por ej.: Cuando se ha adoptado en un país latino el ritmo, la organización, la eficiencia y el horario de trabajo de los países nórdicos? En cambio, si ha adquirido auge la liberación sexual, la inestabilidad matrimonial, los hippies en su tiempo y los "punk" hoy en día.

minar su calidad de dañoso para el pudor o las buenas costumbres.

1.- Función de la ley.

Ya se dijo algo en este sentido, en cuanto a que se discute si su rol es de educadora moral o solamente guardiana de los valores existentes en una sociedad en un momento dado.

El papel que la ley tiene dentro de la comunidad es mucho más que todo esto, ya que ella es a quien los ciudadanos le han entregado su organización, su seguridad y la protección de sus valores; por ende, su deber es hacer todo lo que sea necesario para cumplir con los fines que la sociedad le ha encomendado; pero sin salirse de los márgenes que esta misma le ha impuesto.

Así, el juez deberá estudiar el caso concreto teniendo en cuenta los fines de la ley, pero dentro de las fronteras que ha ella la limitan y las que ésta le fija al intérprete.

2.- Rol del intérprete de la norma.-

Así como la ley apunta al logro de un objetivo, el intérprete debe cumplir su labor teniendo en cuenta este fin, no sólo como elemento teleológico de interpretación, sino también, como forma de mantener a la norma como instrumento eficaz de regulación social.

Es decir, debe evitar que con una incorrecta aplicación de ella, ésta pierda su eficacia y autoridad.

Cabe, en este sentido, hacer un análisis de las ventajas y desventajas que tendría aplicar o no aplicar la norma en el

caso concreto, y como hacerlo en evento de optar por el primero de los caminos.

"La necesidad de reprimir enèrgicamente la pornografía en sus variadas manifestaciones no puede llevarse al extremo de comprender toda forma de incorrección o indecencia. Se correría el riesgo según gràfica frase de Soler, de llevar a la càrcel a una gloria artística... Pero tampoco debe caerse en el extremo opuesto. La tutela del pudor pùblico, bien juridico de alto valor social, no puede permitir que con el ropaje del arte o plasmado por la mano de un autèntico artista, se difunda la obscenidad. La libertad no debe emplearse para atacar el derecho del ciudadano de no ser turbado en su sentido del pudor" (141).

Por otro lado, como lo dijera una sentencia dictada por los tribunales argentinos, puede ser un juicio y su posterior fallo, el mejor medio de publicidad de una obra obscena carente de valor artistico.

En resùmen: una interpretaciòn amplia del concepto puede producir que la ley sea constantemente violada, perdiendo así, autoridad frente a la comunidad. Por el contrario, una interpretaciòn restringida, haría que la disposiciòn no fuera aplicada, perdiendo su eficacia y convirtiéndose en una especie de "apendice" dentro del cuerpo legal.

En el caso concreto el juez deberà apreciar estas circunstancias al momento de dictar el fallo para evitar que èste pueda dañar a la norma sustentadora del valor de cualquiera de las dos formas analizadas.

(141) URE, op. cit., p. 13.

3.- Daño concreto o puesta en peligro inminente del bien.

Finalmente, deberá apreciar si efectivamente se ha lesionado el pudor o las buenas costumbres, ya sea del individuo particular o de la sociedad.

Cómo determinar cuándo se ha producido el daño o el peligro del bien?

"Aquí se tutela el pudor de manera diríamos impersonal, como bien social consistente en el concepto medio de decencia y buenas costumbres, en cuanto se refiere a las cuestiones sexuales; es decir no se trata de proteger ni un sentido muy depurado del pudor (el de una monja) ni solamente las formas más groseras de ofensa (la que puede sentir una prostituta). En este sentido es preciso que el juez se coloque en un término medio normal, para lo cual deberá tomar especialmente en cuenta las circunstancias históricas y de lugar, ya que éstas son variables" (142).

En el mismo sentido Díez Ripollés en su obra sobre "El derecho penal ante el sexo", ya citada, señala los diferentes criterios jurídicos utilizables en la concreción de los tipos del derecho penal sexual (143), y después de un extenso análisis de ellas indica que él sustenta el criterio de las convicciones generales, es decir, "el sentimiento común de pudor", el cual se puede determinar atendiendo a la mayoría o a la posición media, este autor prefiere esta última.

Para Francisco Carrara, la determinación debe hacerse

(142) SOLER, Sebastián; "Derecho Penal Argentino", t. III, (Tipografía Editorial Argentina, Buenos Aires, 1937), p. 323.

(143) Vid. nota Nro. 73.

en el plano moral "... en el título de los ultrajes al pudor público el asunto es distinto ya que el ultraje no requiere que se lesionen los derechos individuales de nadie, y toda la objetividad criminosa habría que buscarla en el concepto que se llama pudor público o buenas costumbres. Y como esta objetividad consiste exclusivamente en un efecto moral, este efecto moral (y por lo tanto ultraje al pudor público) no se verifica por meras circunstancias materiales, sino que nace propiamente en determinada moralidad subjetiva que va ligada a ella" (144).

Cuello Calón, da en este aspecto, elementos más concretos: "El delito de escándalo público, que define el párrafo I del art. 431 del Código Penal, se establece preferentemente atendiendo al juicio valorativo que hace un círculo personal comunitario de una conducta humana" (145).

Más adelante, en nota al pie de página, refiriéndose a los elementos del delito, agrega: "La realización dinámica de actos inmorales o deshonestos porque repugnan al pudor o a las buenas costumbres de los hombres normales, dada su significación de pecado moral cierto, que desvían la rectitud del comportamiento, que debe ser acorde con lo ético, y que debe presidir necesariamente, las relaciones humanas comunes ... " (146).

Finalmente, Carrara, refiriéndose a la puesta en peligro del delito, señala: "De este precepto se deduce, como primera observación, que el daño potencial basta para la esencia del delito. Como en todos los delitos sociales, no es necesario para

(144) Op. cit., p. 37.

(145) Op. cit., p. 607.

(146) Loc. cit.

la perfección de éste que el efecto temido se haya derivado realmente del hecho; basta que el hecho tenga potencia para producirlo... " (147)

He hecho esta gran reproducción de párrafos pertinentes sobre la materia con la finalidad de demostrar que la mayoría de los autores sustentan tesis sobre este asunto, sólo he citado aquellos que aportan elementos nuevos o concretos sobre la materia.

En forma de resumen diré que el daño se puede producir no solamente en forma efectiva sino que también con un hecho que lo ponga en peligro. Para determinar el daño efectivo debe atenderse, según estos autores, a la moral de un hombre normal en la época y el lugar en que se aplica la norma; o ver si se ha herido el sentimiento del pudor común dentro de la sociedad; se debe buscar el daño moral, y no material, en la moralidad subjetiva; finalmente a si es que este ataque ha sido de tal magnitud que los afectados tengan la noción de que se les ha lesionado su pudor o buenas costumbres, apartándolo de este modo de la rectitud de comportamiento.

De cualquier modo, esto aparece como insuficiente, ¿Qué es normalidad? ¿Cómo se determina el pudor común medio o el daño moral subjetivo? Basta la conciencia del pudor herido para sancionar?

La verdad es que estos elementos deben ser complementados con los anteriormente estudiados para poder determinar si es que se ha producido el daño efectivo o la puesta en peligro, ya en

(147) Op. cit., p. 31.

el ámbito social, ya en el plano de la moral individual.

Son estos los elementos que debe considerar el intérprete en el caso concreto, con ellos no se entra a darle un contenido al concepto de un modo directo, pero lo que se hace es delimitarlo estableciendo ciertas reglas a las cuales debe ceñirse el juez en el análisis de los hechos que revisten los caracteres de este delito.

Así, de una manera indirecta, se llega a darle cierta forma a los términos pudor y buenas costumbres, lo que ha sido, precisamente, el objeto de mi tesis.

No quisiera terminar sin decir que si bien es efectivo que la ley penal al contemplar este tipo de preceptos, puede vulnerar otros valores indispensables dentro de una sociedad y de un Estado de Derecho, es esta la mejor forma en que pueden protegerse los bienes jurídicos que son objeto de nuestro estudio. Entrar a establecer casos concretos con la finalidad de complementar estos tipos penales, de detallar las conductas que se sancionaran por constituir una ofensa a la moralidad pública, al pudor o a las buenas costumbres, significaría dejar en el tintero muchas otras, no sólo aquellas que pueden imaginarse hoy en día, sino también de las que aún no han sido concebidas en la mente humana y que pueden afectar o lesionar gravemente los valores que la comunidad quiere preservar.

Por eso es que no debe juzgarse tan severamente a la ley penal en esta materia. Es que el legislador fue, tal vez, más precavido que lo que se ha pensado, porque sin entrar ha tipificar de un modo concreto y detallado, como lo hace con los o-

tros delitos sancionados en el Código Penal, los hechos que constituyen un atentado contra el pudor y las buenas costumbres, simplemente ha castigado a quienes los lesionan y ha entregado al juez la determinación final.

Aparece fuertemente ante nuestros ojos, la importancia que tiene el intérprete en estos casos, no se trata solamente de analizar un tipo de un delito cualquiera, se debe hacer un análisis complejo, que involucra no sólo el hecho, sino principalmente su trascendencia y consecuencias dentro de la sociedad. El campo en que nos movemos comprende un aspecto muy sutil y delicado del Derecho Penal, ya que en este tipo de delitos el daño no se presenta en forma evidente e inmediata en un individuo determinado, sino que afecta en forma paulatina, y casi imperceptible, a la comunidad. De aquí que la delicadeza para comprender la importancia del bien, la agudeza para captar cuando se está produciendo su lesión, y la firmeza para sancionar, son condiciones esenciales que debe poseer el intérprete para poder cumplir, tanto con el legislador que puso su confianza en él para la interpretación de la norma en el caso concreto, como con la sociedad a la cual debe resguardar de los males que la perjudican, incluso respecto de aquellos que ella misma no les ha dado la importancia debida por no tener una conciencia clara de lo que ellos la pueden afectar.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ACTAS OFICIALES DE LA COMISION CONSTITUYENTE (Sesi3n 191).
- 2.- AYER, A. J.; "Lenguaje, Verdad y L3gica", Editorial Martinez Roca S.A., Barcelona, Espa1a, 1971.
- 3.- BINDER, Alberto M.; Articulo notas al fallo: "Pornografia: Dignidad Humana y Represi3n Cultural", Revista doctrina penal Nro. 36/86, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.
- 4.- BORINSKY, Carlos; Articulo Revista Doctrina Penal a1o 1986, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- 5.- CARRARA, Francisco; Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, vol VI, Edit. Temis, Bogot3, 1962.
- 6.- CODIGO PENAL.
- 7.- CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO.
- 8.- CUELLO CALON, Eugenio; "Derecho Penal", t. II, Parte Especial vol. II, XIV Edic., Edit. Bosch, Barcelona, 1975.
- 9.- CURY, Enrique; "Derecho Penal", Parte General, t. I, Editorial Juridica de Chile, Santiago, 1982.
- 10.- DE GUZMAO, Chrysolito; "Delitos sexuales", Editorial Bibliogr3fica, Argentina.
- 11.- DEL RIO, Raimundo; "Derecho Penal", t. I ("La teoria y la historia") y t. III ("Delitos especiales"), Editorial Nascimento, 1935.
- 12.- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPANOLA DE LA LENGUA.
- 13.- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPANOLA, t. II, Editorial Ram3n Sopena S.A., Barcelona, 1974.
- 14.- DIEZ RIPOLLES, Jose Luis; "Exhibicionismo, Pornografia y otras conductas sexuales provocadoras", Editorial Bosch, Barcelona, Espa1a.
- 15.- DIEZ RIPOLLES, Jose Luis; "El Derecho Penal ante el sexo", (Lmites, criterios de concreci3n y contenido del Derecho Penal sexual), Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981.

- 16.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, t. II y XXIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1955.
- 17.- ETCHEBERRY, Alfredo; "Derecho Penal", Parte Especial, t. IV, Editorial Carlos E. Gibbs, Santiago, Chile.
- 18.- GACETA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA, años 1890 (t. I) y 1897 (t. III).
- 19.- GOLDSTEIN, Raúl; "Diccionario de Derecho Penal", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962.
- 20.- GOMEZ, Eusebio; "Tratado de Derecho Penal", t. III, Cia. Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940.
- 21.- GRISOLIA, Francisco; Artículo: "Objeto Jurídico del delito" Revista de Ciencias Penales, Tercera Epoca, Sept.-Dic. 1958, Nro. 3, t. XVII, Editorial Universitaria, Santiago, Chile.
- 22.- GROIZARD Y GOMEZ DE LA SIERRA, Alejandro; "Código Penal de 1870 concordado y comentado", t. V, Segunda edición, Est. Tipográfico de los sucesores de J. A. García, Madrid, 1913.
- 23.- HENDLER, Edmundo S.; Artículo: "Los tabúes sexuales en el Código Penal Argentino", Revista doctrina penal, año 1982.
- 24.- IWAN BLOCH; "La vida sexual contemporánea", t. I, Editorial Cultura, Santiago, Chile, 1937.
- 25.- JIMENEZ DE ASUA, Luis; "El Criminalista", t. V, Segunda Serie Victor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1961.
- 26.- KANT, Emmanuel; "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", traducción M. García Morente, Quinta Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1977.
- 27.- KANT, Emmanuel; "Introducción a la Teoría del Derecho", (Traducción F. González, Centro de estudios Constitucionales Madrid. 1978.
- 28.- LABATUT, GLENA, Gustavo; "Derecho Penal", t. II, Parte Especial, Editorial jurídica, Santiago, Chile, 1977.
- 29.- LE CLERCQ, Jacques; "La Familia según el Derecho Natural", Editorial Herder, Barcelona, España, 1979.
- 30.- LEY SOBRE ABUSOS DE PUBLICIDAD, Nro. 16.643, D. Of. Nro. 26.835 del 4 de Sept. de 1967.
- 31.- MAGGIORE, Giuseppe; "Derecho Penal", Parte Especial, vol. IV. Delitos en Particular, Librería Editorial Temis Ltda., Bogotá, Colombia.
- 32.- MALAMUD GOTI, Jaime; Artículo "Comentarios a fallo", Revista Doctrina Penal, año 1984, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

- 33.- MARTINEZ, Lisandro; "Derecho Penal Sexual, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1977.
- 34.- MEZGER, Edmundo; "Derecho Penal", Parte General, traducción Sexta Edición 1955, Editorial Bibliográfica Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Julio 1958.
- 35.- MEZGER, Edmundo; "Derecho Penal", Parte Especial, traducción Cuarta Edición Alemana 1954, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- 36.- MOMMSEN, Teodoro; "Derecho Penal Romano", t. II, Casa Editorial La España Moderna, Madrid, España.
- 37.- MUNOZ CONDE, Francisco; "Derecho Penal", Parte Especial, Segunda Edición, Publicaciones Universidad de Sevilla, España, 1976.
- 38.- NOVDA MONREAL, Eduardo; "La evolución del Derecho Penal en el presente siglo"; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977.
- 39.- ONECA-MUNOZ; "Derecho Penal", Parte Especial, T. II, Madrid, 1949.
- 40.- ORTIZ ROMERO, Eduardo; "El delito de Ultrajes públicos a las Buenas Costumbres", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 1967.
- 41.- PACHECO, Joaquín; "El Código Penal Concordado y Comentado", t. II, Quinta Edición, Imprenta y fundición Manuel Tello, Madrid, 1881.
- 42.- PLATON; "La República"; Libro VI y VII, Traducción de Francisco Gallach Palés, Editorial Nacional, México, 1966.
- 43.- PUIG PENA, Federico; "Derecho Penal", Parte Especial, T. IV, vol. Segundo, Quinta Edición, Editorial Desco, Barcelona, 1960.
- 45.- RODRIGUEZ DEVESA, José María; "Derecho Penal Español", Parte Especial, Séptima Edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1977.
- 46.- RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel; "Doctrina Penal del Tribuna Supremo", t. II, Editorial Aguilar, Madrid, 1960.
- 47.- SANTO TOMAS DE AQUINO, "Summa Teológica".
- 48.- SOLER, Sebastián; "Derecho Penal Argentino", t. III, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1973.
- 49.- URE, J. Ernesto; "El Pudor y la Ley Penal", Conferencia pronunciada en la Sociedad Argentina de Criminología, 28 de Septiembre de 1954, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires,

Argentina.

- 50.- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; "Código Penal", T. III, Editorial jurídica, Santiago, Chile, 1986.

INDICE

INTRODUCCION pàg. 2

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES

A.- NORMAS POSITIVAS RELACIONADAS

- 1.- Artículo 373 pàg. 4
- 2.- Artículo 374 pàg. 9

B.- RAZONES JURIDICAS Y SOCIOLOGICAS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO
A LOS DELITOS SEXUALES pàg. 12

C.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA pàg. 20

CAPITULO II

EXPOSICION DE DIVERSAS TEORIAS DE LOS VALORES

A.- INTRODUCCION pàg. 24

B.- PLATON pàg. 26

C.- TOMAS DE AQUINO pàg. 29

D.- AYER, A.J. pàg. 32

E.- KANT, E. pàg. 36

F.- LOS VALORES EN MATERIA PENAL pàg. 39

CAPITULO III

BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS: ORDEN DE LAS FAMILIAS Y MORALIDAD PUBLICA

A.- INTRODUCCION pàg. 49

B.- ANALISIS EXPOSITIVO DEL CONCEPTO DE ORDEN DE LAS FAMILIAS

- 1.- Concepto de familia pàg. 53
- 2.- La familia a la luz de la C.P.E. pàg. 56
- 3.- Concepto de Orden pàg. 59
- 4.- Concepto de "Orden de las familias" pàg. 60

C.- ANALISIS EXPOSITIVO DEL CONCEPTO DE MORALIDAD PUBLICA

- 1.- Concepto de Moral pàg. 62
- 2.- Moral y Derecho pàg. 64
- 3.- Concepto de Pùblico pàg. 68
- 4.- Concepto de Moralidad Pùblica pàg. 69

D.- BIENES JURIDICOS PROTEGIDOS COMO VALOR SOCIAL pàg. 71

CAPITULO IV

PUDOR Y BUENAS COSTUMBRES

A.- INTRODUCCION pàg. 77

B.- ANALISIS DEL CONCEPTO DE PUDOR

- 1.- En su aspecto gramatical pàg. 80
- 2.- El Pudor como valor ètico pàg. 82
- 3.- El Pudor en su aspecto biològico pàg. 84
- 4.- El Pudor a la luz del Derecho Penal pàg. 86
- 5.- El Pudor Pùblico pàg. 88
- 6.- Origen y Valor Juridico del Pudor pàg. 90
- 7.- Sintesis pàg. 93

C.- ANALISIS DEL CONCEPTO DE "BUENAS COSTUMBRES"

- 1.- En su aspecto gramatical pàg. 94
- 2.- Buenas Costumbres como Valor Social pàg. 96
- 3.- Buenas Costumbres a la luz del Derecho Penal pàg. 99
- 4.- Buenas Costumbres como Valor Juridico pàg. 102
- 5.- Sintesis pàg. 105

D.- PUDOR Y BUENAS COSTUMBRES COMO FORMAS DE PROTEGER EL BIEN JURIDICO COMUN pàg. 106

CAPITULO V

JURISPRUDENCIA SOBRE LOS CONCEPTOS ANALIZADOS

A.- INTRODUCCION	pàg. 109
B.- JURISPRUDENCIA NACIONAL	pàg. 109
C.- JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	pàg. 124
1.- Jurisprudencia argentina	pàg. 124
2.- Jurisprudencia española	pàg. 130

CAPITULO VI

CAPITULO CONCLUSIVO

A.- IMPORTANCIA DE LA DELIMITACION CONCEPTUAL	pàg. 134
B.- BUSQUEDA DE UNA POSIBLE DELIMITACION OBJETIVA	pàg. 137
1.- Razòn de existencia de la norma	pàg. 141
2.- Ambito de aplicaciòn	pàg. 142
C.- ELEMENTOS OBJETIVOS QUE DEBEN CONSIDERARSE EN LA CALIFICACION DEL HECHO	pàg. 143
1.- Funciòn de la ley	pàg. 144
2.- Rol del intèrprete de la norma	pàg. 144
3.- Daño concreto o puesta en peligro inminente del bien	pàg. 146

BIBLIOGRAFIA	pàg. 151
--------------	----------

INDICE	pàg. 155
--------	----------

