



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

EL DELITO DE SODOMÍA DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL  
Reafirmación del paradigma falo(go)centrista de la moral social sexual bajo el  
pretexto de la protección de la autodeterminación sexual.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales

JOSELYN DE LOS ANGELES DÍAZ FLORES  
JESSICA ANDREA ZÚÑIGA CÁCERES

Profesor guía: Juan Pablo Mañalich Raffo

Santiago

2016

## DEDICATORIA

*Para Irma y Norma.*

*“Para ser oprimido se debe ser, en primer lugar  
inteligible. Darse cuenta de que se es  
fundamentalmente ininteligible (que incluso las leyes  
de la cultura y del lenguaje te estimen como  
imposibilidad) es darse cuenta de que todavía no se  
ha logrado el acceso a lo humano, sorprenderse a  
uno mismo hablando solo y siempre como si fuera un  
humano, pero con la sensación de que no se es  
humano; darse cuenta de que el lenguaje de uno está  
vacío, que no te llega ningún reconocimiento porque  
las normas por las cuales se concede el  
reconocimiento no están a tu favor.” (Judith Butler,  
Deshacer el género)*

## RESUMEN

El trabajo pretende una revisión crítica de la denominada “hipótesis represiva” de la sexualidad, centrándose en el rol de la prohibición de la sodomía. La tesis central consiste en plantear que la proscripción de la sodomía no sólo es la manifestación del tabú de la homosexualidad masculina sino que es –también– constitutiva del paradigma falo(go)céntrico en atención al cual la agencia sexual femenina es jurídicamente invisibilizada.

## INTRODUCCIÓN

Al referirnos a la situación de aquella dimensión de nuestras vidas que es etiquetada bajo el término “sexualidad”, es común hablar de represión sexual. Y es que, al parecer, “la sexualidad humana constituye una fuerza demasiado poderosa y explosiva para que alguna sociedad pueda permitir a sus miembros una absoluta libertad sexual”<sup>1</sup>.

En este sentido, no puede extrañar que muchas de las prohibiciones, relativas este dominio, se encuentren reforzadas penalmente. Así, la ley ha sido caracterizada como el instrumento a través del cual se le ha negado – sistemáticamente– al cuerpo, el goce y el gasto inútil a fin de sacarle la máxima potencia para el trabajo<sup>2</sup>. Siendo el sexo –entonces– reducido a un régimen de existencia mínima: de sexo no se habla, y sólo se le practica rodeándose de la mayor discreción<sup>3</sup>.

Dentro de las prohibiciones penales relativas al ámbito sexual, la sanción a la sodomía destaca como paradigma de la represión sexual.

---

<sup>1</sup> BRUNDAGE, J. A. 2000. La ley, el sexo y la sociedad cristiana de la época medieval. 2ª ed. Traducción Mónica Utrilla de Neira. México, Fondo de la Cultura Económica. p. 21.

<sup>2</sup> GROS, Frédéric. 2007. Michael Foucault. Trad. Irene Agoff. Buenos Aires, Amorrortu Editores, p. 107.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 107.

En el modelo regulatorio medieval el concepto sodomía comprendía múltiples acciones, todas ellas categorizadas como delitos *contra natura*, por oponerse directamente al orden natural del sexo<sup>4</sup>. Posteriormente, la interpretación del término se restringió, de modo que, finalmente la doctrina entendió por sodomía (sólo) el concúbiteo entre varones<sup>5</sup>.

En nuestra legislación la prohibición de la sodomía se cristalizó en la formulación típica del artículo 365 del Código Penal de 1875. Dicho artículo, de forma muy breve, sancionaba a quien se hiciera reo del delito de sodomía. Pasó bastante tiempo hasta que, recién en el año 1999, con la promulgación de la Ley 19.617, la sodomía –así sancionada– fue despenalizada; modificándose el artículo de forma que en la actualidad se sanciona a quien accede carnalmente a un menor de 18 años de su mismo sexo sin que medien las circunstancias de la violación o el estupro.

Una primera aproximación a los motivos para la proscripción la sodomía nos remite a consideraciones homofóbicas de parte del legislador, quien contrariamente al principio de *lesividad*, sancionaba en 1875 la relación consentida entre varones, justificando la prohibición en la protección a la moral

---

<sup>4</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2009. El Derecho Penal sexual moderno: ¿Afirma seriamente lo que dice? En: Derecho y sexualidades. Librería ediciones. Buenos Aires. pp. 209-232. p. 211.

<sup>5</sup> En este sentido, Bascuñán Valdés, Etcheberry, Labatut, Novoa, entre otros.

sexual en atención a que la conducta podía ser contagiosa y extenderse en la sociedad<sup>6</sup>.

Respecto a los motivos de la sanción a la sodomía del menor de edad, contenida en el actual artículo 365, su determinación resulta compleja puesto que, autores como Garrido Montt señalan que con la reforma introducida en 1999, es posible proyectar a la libertad sexual como bien jurídico protegido, sin embargo, la sanción de este delito resulta un obstáculo para pronunciarse a favor de la libertad sexual como único bien protegido<sup>7</sup>.

Guzmán Dalbora, de forma crítica, señala que la tipificación de esta figura no puede sino fundarse en la vigencia de la honestidad como bien jurídico protegido<sup>8</sup>. Otros autores, como Rodríguez Collao –en su momento– opinaba que el delito obedecía a una hipótesis de corrupción de menores, siendo lesivo de la indemnidad sexual del menor<sup>9</sup>. En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional conociendo del recurso de inaplicabilidad por

---

<sup>6</sup> Acta de la sesión 71 de 10 de abril de 1872. En: RIVACOBBA, M. de. 1874. Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal Chileno. Valparaíso, Edeval. p. 386.

<sup>7</sup> GARRIDO, M. 2010. Derecho Penal Parte Especial. 4ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. v. III. pp. 343 y 344.

<sup>8</sup> GUZMÁN, J. L. 2000. Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile. Anuario de Derecho Penal (1999-2000): 201-248 (en la bibliografía dice que es hasta la página 247). p. 8.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ, L. 2004. Delitos sexuales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 250. En la segunda edición de su obra el autor señala que atendido el esquema normativo actual no es plausible comprender la figura del artículo 365 como una hipótesis de corrupción de menores, por el contrario, es una limitación directa al libre desarrollo de la personalidad del adolescente. (RODRÍGUEZ, L. 2016. Delitos sexuales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión de la 2a edición. p. 336.)

inconstitucionalidad del artículo 365 presentado por la Defensoría Penal el 13 de abril de 2010<sup>10</sup>.

Ahora bien, nuestro ejercicio puede dividirse en tres puntos: el primero, revisar el trabajo crítico que Foucault, respecto de lo que él denomina la “hipótesis represiva” de la sexualidad, luego, siguiendo desarrollo foucaultiano de Judith Butler, analizar el “carácter productivo” de las normas, considerando particularmente la prohibición de la sodomía, en tercer lugar, contribuir a señalar como esta prohibición jurídico-penalmente reforzada, en conjunto con otras prohibiciones jurídico-penales articulan un sistema que hace inteligible una determinada ontología sexual.

Y es que si el poder regulador no actúa sobre un sujeto preexistente, sino que lo forma y lo labra<sup>11</sup>, la prohibición de la sodomía podría inscribirse “en esta gran red superficial donde la estimulación de los cuerpos, la intensificación de los placeres, la incitación al discurso, la formación de conocimiento, el refuerzo de controles y las resistencias se encadenan unos con otros según grandes estrategias de saber y poder”<sup>12</sup>, de modo que bajo dicha prohibición, no sólo

---

<sup>10</sup> Causa Rol 1683-2010. Las piezas del expediente se encuentran publicadas en el sitio web del Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/rols/view/542> (última visita: 16 de marzo de 2016). En dicha oportunidad el Tribunal sentenció que “El fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y la indemnidad sexual de los menores de edad” (Considerando 31º)

<sup>11</sup> BUTLER, J. 2012. *Deshacer el género*. 4ª Ed. España. Trad. Patricia Soley-Beltrán. Paidós. p. 68

<sup>12</sup> FOUCAULT, M. 2003. *Historia de la sexualidad: La voluntad de saber*. 2ª ed. Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina. Vol. I. p. 129.

resulte explicitado el tabú de la homosexualidad, sino que –también– valide el paradigma falo(go)centrista.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>ii</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>iii</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>iv</b>
<b>CAPITULO I. Configuración de los modelos de regulación de la conducta sexual punible .....</b>	<b>14</b>
1.1 Revisión histórica de los modelos de regulación de los delitos sexuales .....	14
1.1.1. El modelo medieval .....	16
1.1.1.1 Delitos contra natura .....	21
1.1.2 La reformulación de los delitos sexuales como delitos contra la libertad sexual .....	25
1.1.3 La Codificación .....	27
1.1.4 El Reformismo .....	30
1.2. El derecho penal sexual moderno .....	33
1.2.1 La lectura revertida .....	36
<b>CAPITULO II. Los “delitos sexuales” en el Código Penal chileno de 1875 .....</b>	<b>38</b>
2.1. Estructura del Título VII de los “Crímenes y simples delitos contra	

el orden de la familia y la moralidad pública .....	38
2.1.1 Bien jurídico protegido: la honestidad .....	41
2.1.2 El sistema de los delitos contra la honestidad .....	43
2.1.2.1 La violación .....	44
2.1.2.1.1 La acción típica: yacer .....	45
2.1.2.1.2 Los sujetos en el delito de violación .....	50
2.1.2.1.3 El delito de violación como delito de propia mano .....	51
2.1.2.2 El delito de abusos deshonestos.....	53
2.1.2.3. Delito de incesto .....	58
2.1.2.3.1 Acción típica.....	60
2.1.2.3.2 Sujetos del delito de incesto.....	61
<b>CAPITULO III. La reforma de los delitos contra la honestidad .....</b>	<b>64</b>
3.1 Antecedentes. Historia de la ley 19.617 .....	64
3.2. Bienes jurídicos protegidos por la regulación establecida a través de la Ley N° 19.617 .....	66
3.2.1 Honestidad sexual .....	69
3.2.2 Libertad sexual .....	73
3.2.2.1 La falta de plausibilidad de la libertad sexual	

como bien jurídico .....	75
3.2.3 Indemnidad sexual .....	80
3.2.3.1 Valoraciones ético-culturales en la construcción de la indemnidad sexual en función del bienestar sexual .....	83
3.2.3.2 Autonomía personal como fundamento de la protección de la indemnidad sexual .....	90
3.2.3.2.1 Autonomía personal .....	94
<b>CAPITULO IV. La criminalización de la sodomía bajo el Artículo 365 del Código Penal .....</b>	<b>97</b>
4.1 Historiografía del delito de sodomía .....	97
4.1.1 Antecedentes del delito de sodomía en el Código Penal de 1875 .....	103
4.2. El artículo 365 en el Código Penal de 1875 .....	108
4.2.1 Bien jurídico protegido .....	109
4.2.2 Acción típica .....	110
4.3 El delito de violación sodomítica .....	114
4.3.1 Acción típica .....	117
4.4 La criminalización de la sodomía en la reformulación del artículo 365 del Código Penal .....	119
4.4.1 Antecedentes legislativos .....	119
4.4.2 Análisis doctrinal del artículo 365 .....	123

4.4.2.1 Conducta típica .....	123
4.4.2.2 Bien jurídico protegido .....	131
4.4.3 Excurso: El artículo 4º de la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal adolescente .....	135
<b>CAPITULO V. El paradigma</b>	
<b>falo(go)centrista .....</b>	<b>141</b>
4.1 La hipótesis represiva .....	141
4.1.1 La incitación de los discursos .....	146
4.1.1.1 La implantación perversa .....	148
4.1.2 El dispositivo de la sexualidad .....	151
4.1.2.1 Sexo y/o género .....	153
4.1.2.1.1 La categoría del sexo .....	158
4.1.2.1.1.1 Falo(go)centrismo .....	160
4.1.2.1.1.2 ¿Heterosexualidad natural del parentesco? .....	162
4.1.2.1.1.2.1 El intercambio de mujeres y la matriz heterosexual .....	164
4.1.2.1.1.2.2 El deseo “homosocial” .....	166
4.3.1 El incesto y el dispositivo de la alianza .....	169
4.4.1 Prohibiciones constitutivas .....	170
4.5 La prohibición de la sodomía .....	173

4.5.1 El delito de violación y la agencia sexual femenina .....	174
<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>181</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>190</b>

## **CAPITULO I. CONFIGURACIÓN DE LOS MODELOS DE REGULACIÓN DE LA CONDUCTA SEXUAL PUNIBLE**

### **1.1 Revisión histórica de los modelos de regulación de los delitos sexuales.**

La determinación del comportamiento sexual punible no es una tarea fácil de abordar para la legislación penal, dado que la cuestión no está exenta de consideraciones que escapan al ámbito jurídico; en efecto, es difícil pensar en otra área del Derecho Penal más íntimamente ligada con el problema de las relaciones entre Derecho y moral que este ámbito del Derecho punitivo<sup>13</sup>.

A pesar de ello, es un rasgo común dentro de las distintas legislaciones la delimitación del ámbito punible en el marco del comportamiento sexual. “A lo largo de las épocas, las comunidades se han valido de diversas combinaciones de leyes, religión y moral con el objeto de establecer un control sobre la actividad sexual”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BASCUÑÁN, RODRÍGUEZ, A. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho (Valdivia), Chile. v. VIII, suplemento especial agosto de 1997:73-94. p. 73.

<sup>14</sup> BRUNDAGE, op. cit., p. 21.

El control de la sexualidad es una idea que se repite al referirse –como no– a los modelos de regulación de la conducta sexual punible. “Mucho tiempo –dice Foucault– habríamos soportado, y padeceríamos aún hoy, un régimen victoriano. La gazmoñería imperial figuraría en el blasón de nuestra sexualidad retenida, muda, hipócrita”<sup>15</sup>.

“La crítica moderna al modelo regulativo medieval se concentró en la impugnación del imperativo de reforzamiento de las normas morales por la coacción estatal”<sup>16</sup>. Esta crítica, presume a la sexualidad como una energía rebelde a la que la ley intenta dominar. Así la ley y el deseo estarían ligados en el juego de una energía salvaje, natural y viviente, que sin cesar asciende desde lo bajo, y un orden de lo alto que busca obstaculizarla<sup>17</sup>.

El padecimiento de la sexualidad habría comenzado a extenderse desde la época medieval, en donde la regulación de la conducta sexual, profundamente influenciada –por cierto– por el Derecho Canónico, fijó la norma en la pareja heterosexual, “dictando así la ley de la pareja legítima y procreadora. Se impone como modelo, hace valer la norma, detenta la verdad, retiene el derecho de hablar reservándose el principio del secreto”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 9.

<sup>16</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 211.

<sup>17</sup> GROS F., op. cit., p. 105.

<sup>18</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 9.

Luego, a partir de la ilustración se produce una reformulación del modelo medieval. El cambio más trascendental consistió en la definición del delito sexual como delito de abuso, esto es, como delito de víctima bajo una concepción prescriptiva de víctima<sup>19</sup>.

El Derecho Penal sexual moderno, por su parte, “se comprende a sí mismo como una definición por oposición al modelo regulativo heredado de la teología moral escolástica y el derecho canónico medieval”<sup>20</sup>, intentando con ello, marcar la diferencia entre las pautas medievales de comportamiento sexual y aquellas que rigen en la sociedad moderna.

### **1.1.1 El modelo medieval**

Por Derecho Común se entiende al conjunto de fuentes del Derecho Romano y del Derecho Canónico, reconstituidas, interpretadas y articuladas por los juristas medievales.

Las fuentes canónicas aportaron al Derecho Común las ideas desarrolladas por la teología moral escolástica<sup>21</sup>. La influencia de la teología moral escolástica –particularmente los postulados de San Agustín de Hipona–

---

<sup>19</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 215.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 211.

<sup>21</sup> *Loc. cit.*

es ampliamente apreciable en el modelo de configuración de la conducta sexual desarrollado por el derecho medieval.

La teología moral desarrollada por San Agustín parte de la idea de “que existe una profunda separación entre el cuerpo y el alma, solamente el alma puede ser tomada en consideración como portadora de elevadas cualidades; el cuerpo sigue dependiente de sus instintos”<sup>22</sup>; de allí que lo principal y más importante sea poder distanciarse de la satisfacción directa, vulgar u ordinaria de las necesidades de los sentidos<sup>23</sup> para alcanzar el ideal sublime del alma<sup>24</sup>. En este sentido, la unión sexual resulta intrínsecamente pecaminosa en la medida que importa la realización de los instintos a los que está sometido el cuerpo.

La castidad se transforma –entonces– en el ideal. En esta exaltación de la abstinencia sexual se encuentra implícita la creencia que para alcanzar la virtud es necesario separarse de las pasiones que obligan al cuerpo, siendo la virtud el dominio de sí mismo. Luego, el dominio de sí mismo significa el rechazo del placer (sexual)<sup>25</sup>. De este modo, la cultura cristiana aspira a un

---

<sup>22</sup> LUHMANN, N. 2008. El amor como pasión. Barcelona, Ediciones Península. p. 92.

<sup>23</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 211.

<sup>24</sup> AQUINO, T. d. 1998. La suma teológica. 2º ed. Madrid, Biblioteca de autores cristianos. Cuestión 153. “El vicio de la lujuria”. Artículo 2. p. 465. “Además, no es propio de la virtud considerar cuánto deleite experimentan los sentidos externos, lo cual se logra por la disposición del cuerpo, sino en qué medida es sensible al placer del apetito interior”.

<sup>25</sup> Loc. cit.

ideal ascético; la virtud se identifica con la abstinencia sexual, la pureza con el rechazo de la sexualidad y la represión emocional con la madurez<sup>26</sup>.

La virtud de la unión sexual –si es que era posible concebirla como una virtud– consistía en su función reproductora<sup>27</sup>. En consecuencia, la regulación de la actividad sexual se “centró en la función reproductora del sexo y estableció la naturaleza y lo natural como norma de lo que sería lícito”<sup>28</sup>. Este pensamiento se convirtió en la premisa común de las creencias occidentales acerca de la sexualidad durante la Edad Media, y al mismo tiempo constituyó la premisa principal sobre la cual el Derecho Común desarrolló su modelo de conducta sexual punible.

El modelo medieval fue desarrollado a partir de la síntesis de dos premisas básicas –en principio contrapuestas– el anti-sensualismo y el naturalismo<sup>29</sup>; la conjunción de las dos premisas anteriores tiene como consecuencia que el objeto de protección sea el “orden natural”, es decir, “el

---

<sup>26</sup> BRUNDAGE, op. cit., p. 27.

<sup>27</sup> “Es pecado, dentro de los actos humanos, aquello que se opone al orden de la razón, el cual hace que cada cosa se oriente convenientemente a su fin. Por tanto, no se comete pecado cuando el hombre hace uso de algunas formas conforme al fin al que están destinadas, de un modo conveniente [...]. Ahora bien: así conviene que se conserve la naturaleza corpórea del individuo, también es un bien excelente que se conserve la naturaleza de la especie humana. Y del mismo modo que, para conservar la vida del individuo, está el uso de los alimentos, así para la conservación de todo género humano está el uso del pacer venéreo [...]. Por consiguiente, al igual que el uso de los alimentos puede hacerse uso sin pecado si se realiza conforme al modo y orden debido, porque se ordena a la conservación del cuerpo, así también el uso del pacer venéreo puede darse sin pecado si se realiza conforme al modo y orden debidos, en cuanto que es conveniente para la conservación del género humano” (AQUINO, op. cit., p. 465).

<sup>28</sup> BRUNDAGE, op. cit., p. 24.

<sup>29</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 211.

coito heterosexual vaginal ('natural' = dirigido a la procreación) realizado por dos personas unidas por el vínculo jurídico indisoluble del matrimonio ('orden' = marco institucional)<sup>30</sup>.

Definido el orden de lo lícito, todo acto lujurioso, es decir, todo "placer sexual inmoral, o dicho más propiamente, el placer venéreo que no se sujeta al imperio de la razón práctica"<sup>31</sup>, esto es, a la forma y fines definidos para la actividad sexual, constituía una ofensa al orden natural y por tanto, determinaba la existencia de un delito. Surge así la categoría de los *delicta carnis* o delitos de carne, título bajo el cual se castigaba "todo acto de libidine inmoral"<sup>32</sup>.

La lujuria es un pecado de tacto<sup>33</sup>, lo cual implica que, siendo el centro sobre el que se articula el delito sexual, éste por definición exige la realización de una acción sexual en el cuerpo de otro, esto es, la búsqueda del placer sexual<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Loc. cit.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 4.

<sup>32</sup> ARANCIBIA, A. 1966. La figura delictiva del artículo 365 del Código Penal. *En*: SEMINARIO DE Derecho Penal y medicina legal N° 6. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile. p. 35.

<sup>33</sup> Artículo 1. "Está lo que se dice De vera Relig.: Se dice a los lujuriosos (Gál. 6, 8): *El que siembra en carne, de la carne cosechará corrupción*. Ahora bien: se siembra en carne por medio de los placeres venéreos. Luego estos son objetos de la lujuria" (AQUINO, op. cit., p. 464.)

<sup>34</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 212.

Consecuencia de lo anterior, es que los delitos sexuales sean comprendidos como “delitos de mano propia, es decir, (exigen) la intervención del propio cuerpo; el delito sexual no se comete mediante otro”<sup>35</sup>.

Atendido que la lujuria es el eje en torno al cual se formula la definición de delito sexual, la coacción es desplazada a un rol secundario –incidental– dentro de la configuración de la ofensa sexual. El uso de la fuerza, dentro del modelo del Derecho Común, no determina la verificación de un hecho ilegítimo en el plano sexual, ya que en el mero uso de la fuerza no se encuentra la dimensión de la sexualidad ilegítima –la lujuria–, que constituye la base conceptual de este tipo de delitos<sup>36</sup>.

Resumiendo, el delito de carne en el modelo medieval es un delito de “propia mano” y en su configuración la coacción es una cuestión secundaria, de lo anterior deriva que “los delitos sexuales no son primariamente delitos de víctima, en el sentido moderno”<sup>37</sup>. Esto porque, “el sentido moderno del concepto de víctima es prescriptivo, porque se relaciona conceptualmente con la afirmación de una norma de comportamiento que otro infringe; en sentido moderno “víctima” es el titular del derecho correlativo al deber que infringe el autor del delito, o, en términos utilitaristas, el sujeto cuyo interés se ve lesionado

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*, p. 211.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, p. 212.

<sup>37</sup> *Loc. cit.*

por el delito”<sup>38</sup>. En el modelo medieval, víctima sólo puede significar “no culpable”<sup>39</sup>, esto porque tratándose de delitos de lujuria, ambos partícipes son responsables del quebrantamiento de la norma de comportamiento, luego, será “víctima” quien puede ser exonerado del reproche de lujuria.

“Se trata de un concepto adscriptivo de víctima, es decir, relacionado con la afirmación de una regla de imputación en cuya aplicación se exculpa la propia infracción de una norma de comportamiento”<sup>40</sup>.

#### **1.1.1.1 Delitos contra natura**

Dentro del esquema de los delitos sexuales del modelo medieval era posible distinguir entre aquellas acciones que, consistiendo en el coito heterosexual, eran igualmente tipificadas como delito por cuanto se realizaban fuera del

---

<sup>38</sup> Bascuñán de todas formas aclara que “bajo una consideración las especies de lujuria atienden a quien recibe la injuria. En estos casos puede hablarse de la presencia de víctima. Pero estas víctimas no lo son porque el acto sexual se realice contra su voluntad. No es su condición de personas coaccionadas a tolerar un contacto sexual lo que las constituye en personas perjudicadas. Allí donde la coacción es relevante para identificar una víctima, en el delito de raptó de la mujer soltera, la víctima de la coacción no es la víctima del acto sexual: el perjudicado por la coacción propia de ese raptó es el padre de la mujer, víctima de la injuria presente en la fornicación con la hija sometida a su patria potestad, efectuada sin consentimiento (el del padre)”. Loc. cit.

<sup>39</sup> Loc. cit.

<sup>40</sup> Loc. cit.

matrimonio, es decir, no se ajustaban al orden racional de la sexualidad<sup>41</sup>, y aquellas acciones distintas del coito heterosexual vaginal que por ser – precisamente– contrarias al orden natural, eran sancionadas como delito.

La sodomía formaba parte de la segunda categoría de ofensas al orden sexual. Dentro del concepto de sodomía se reunían distintas acciones que iban desde la masturbación hasta el sexo con animales, pasando por la homosexualidad. Todas estas conductas, caracterizadas por la contrariedad al orden natural sexual –coito heterosexual vaginal– encuentran en ello, el fundamento de su punición.

La distinción primaria –delitos contra el orden racional y delitos o acciones *contra natura*– que da origen a la estructura y organización sistemática de los delitos sexuales, está lejos de ser un simple criterio de distinción a partir del cual se formula y estructura el sistema. Bajo esta distinción existe una valoración distinta del coito heterosexual vaginal respecto de las demás acciones o contactos sexuales: se sitúa a la unión heterosexual por sobre los demás actos sexuales, reunidos bajo la denominación “acciones *contra natura*”.

---

<sup>41</sup> Los delitos de adulterio, rapto, violación, estupro, prostitución y simple fornicación integraban la categoría de las ofensas heterosexuales al orden racional establecido para el desenvolvimiento de la actividad sexual: el matrimonio. En este sentido, es necesario precisar que el sexo marital era entendido como una concesión, es decir, se les permitía a las personas casadas tener relaciones sexuales sólo con fines de procreación. De este modo, la relación sexual dentro del matrimonio era lícita dado que en su consumación no era concebible la lujuria, en la medida que se ajustaba a este orden racional de la sexualidad. (BRUNDAGE, op. cit., p. 162.)

Producto de esta distinción, que otorga una mayor consideración al coito heterosexual vaginal, las acciones extramaritales consistentes en tal tipo de unión (estupro, prostitución, fornicación), si bien constituyen delito, importan una ofensa menor en comparación con las acciones *contra natura*, dado que estas últimas atentan contra el orden natural legitimador de la sexualidad<sup>42</sup>.

Respecto a las acciones *contra natura*, San Agustín consideró que las prácticas sexuales “desviadas” sólo podían ser motivadas por una búsqueda de placeres venéreos. Y puesto que tal conducta eliminaba hasta la posibilidad de procreación, carecía de toda cualidad redentora y merecía la más severa condena<sup>43</sup>.

La dura condena en contra de las acciones *contra natura* contrasta con la tolerancia práctica hacia otras acciones delictivas, así ocurre, por ejemplo, con la prostitución. A este respecto, San Agustín formuló el clásico argumento cristiano de una política de tolerancia práctica hacia la prostitución<sup>44</sup>.

Ciertamente la tolerancia práctica de San Agustín hacia la prostitución se opone al severo veredicto agustiniano sobre todo tipo de relación “antinatural”, fuese ésta heterosexual u homosexual. A juicio de este último autor, estos

---

<sup>42</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 213.

<sup>43</sup> BRUNDAGE, op. cit. p. 120.

<sup>44</sup> DE HIPONA, A. De Ordine. En: CORBIN, A. *Commercial Sexuality in Nineteenth-Century France: A System of Images and Regulations*. En C. Gallagher and T. Laqueur (Eds.). *The Making of the Modern Body: Sexuality and Society in the Nineteenth Century*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press (pp. 209-219). p. 213.

“morbosos” hechos no debían tener lugar entre hombre y mujer unidos en cristiano matrimonio o, *a fortiori*, entre personas de uno u otro sexo<sup>45</sup>.

La legislación contraria a las prácticas homosexuales es el ámbito que más claramente se vio influenciado por el pensamiento cristiano de la época<sup>46</sup>. Resulta evidente que el coito heterosexual vaginal es el paradigma sexual; de este modo el sistema de delitos sexuales se estructura para permitir la protección y resguardo de este tipo de unión sexual. Así se pretende que la interacción sexual quede reservada –ya no sólo moralmente, sino también por ley– al comercio erótico entre varón y hembra, como la más elemental normalidad que es dable reclamar en el comportamiento sexual<sup>47</sup>.

En este sentido, la penalización del delito de sodomía, en tanto crimen *contra natura*, puede ser comprendido, en el contexto del sistema jurídico medieval de regulación de la actividad sexual, como el reforzamiento de las normas morales por medio de la coacción estatal, proscribiéndose las conductas que se oponían al orden sexual natural.

---

<sup>45</sup> BRUNDAGE, op. cit., p. 120.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 131.

<sup>47</sup> ARANCIBIA, op. cit., p. 57.

### **1.1.2 La reformulación de los delitos sexuales como delitos contra la libertad sexual**

“Los planes de la legislación criminal de la ilustración y la codificación penal temprana rompieron con el modelo regulativo medieval rechazando la matriz *metaética*. La sustitución de una concepción cosmológica de la fundamentación de los principios de justicia por una concepción instrumental o comunicativa, expresada en distintas concepciones de contrato social, privó de conclusividad a la idea de imperativo de domino racional del impulso animal como justificación del merecimiento de pena de los delitos sexuales”<sup>48</sup>.

Para el modelo ilustrado “la esencia del delito consiste en la violación de un derecho protegido por la ley penal”<sup>49</sup>. En consecuencia, el sistema de derecho positivo sólo sanciona como delito aquella conducta que lesione algún tipo de derecho subjetivo.

Dado “que el más recto criterio para definir bien la cualidad de los delitos y clasificarlos exactamente, es el que se deduce de la diversidad del derecho lesionado”<sup>50</sup>; la incorporación de los delitos sexuales dentro del sistema sólo era

---

<sup>48</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 213.

<sup>49</sup> CARRARA, F. 1958. Programa de Derecho Criminal. Bogotá, Editorial Temis. Vol. II. p. 114.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, p. 116.

posible si los tipos penales que componían esta categoría eran reformulados conforme al nuevo criterio, es decir, como lesión de un derecho subjetivo.

Los delitos de violación, estupro y raptó fueron entonces definidos –de forma abstracta– como supuestos típicos lesivos del derecho a la libre disposición del (propio) cuerpo, conforme al esquema desarrollado por Feuerbach<sup>51</sup>.

Feuerbach identificó “como primer derecho privado originario de los individuos el derecho al libre uso del cuerpo, y asigna a este derecho tres contenidos específicos: 1) el derecho a la posesión del cuerpo (derecho a la vida); 2) el derecho a la posesión imperturbable de las fuerzas corporales (derecho a la salud) y 3) el derecho imperturbado de esas fuerzas para los fines propios (derecho a la libertad corporal y física)”<sup>52</sup>.

Posteriormente, “cuando aplica este esquema de reconstrucción sistemática al derecho penal común alemán, Feuerbach sostiene que las leyes romano-alemanas conocen tres clases de lesión del derecho a la libre disposición del cuerpo: (1) la lesión mediante ocupación del cuerpo para fines indeterminados (delitos de plagio), (2) la lesión mediante ocupación unida a la sustracción con fines de la satisfacción del impulso sexual (raptó) y (3) la lesión

---

<sup>51</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ. (2009), op. cit., p. 213.

<sup>52</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (1997), op. cit., p. 7.

mediante el uso no autorizado, forzado con violencia de las partes sexuales de una persona (violación)”<sup>53</sup>.

Entre el primer esquema y la aplicación de éste –la reconstrucción de la sistemática del Derecho Penal común Alemán– se produce, en palabras de Bascuñán, el “punto de inflexión”: “Entre la definición abstracta de la clase de los delitos contra la libertad corporal y su aplicación [...] se produce un cambio conceptual. Mientras que en abstracto el delito contra la libertad corporal es un delito de lesión (= perturbación por otro del uso del propio cuerpo) en concreto se transforma en un delito de desplazamiento (= aprovechamiento del cuerpo de otro)”<sup>54</sup>.

### **1.1.3 La codificación**

La codificación ciertamente es “un movimiento derivado del ideario de la Ilustración, pero es al mismo tiempo un producto legislativo de la restauración, es decir, restablecimiento del orden social amenazado por la Ilustración”<sup>55</sup>.

En el ámbito del Derecho Penal sexual, la codificación significó un regreso al orden anterior. Esto se explica en parte porque “al margen de toda

---

<sup>53</sup> Loc. cit.

<sup>54</sup> Loc. cit.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, p. 77.

crisis social, el efecto de cristalización de la codificación sólo puede generar que un grupo social dominante intente establecer una correlación de fuerzas que le resulte favorable”<sup>56</sup>. Precisamente, el movimiento codificador coincidió con el ascenso al poder de la burguesía, clase social con un carácter e identidad marcada, que incluía pautas de comportamiento sexual determinadas<sup>57</sup>, las que no eran precisamente fundadas en el ideal liberal.

El movimiento codificador de origen ilustrado, pero con reivindicaciones contra-ilustradas, es una mezcla antagónica de ideales que confluyen en la Codificación, mezcla que se vio reflejada en el modelo de regulación de los delitos sexuales desarrollado por este movimiento.

La codificación diseñó una organización en donde mantuvo el grupo de delitos sexuales tratados sistemáticamente por la Ilustración como atentados contra la libertad sexual de una persona, profundizando incluso dicho sistema, al introducir una figura de abuso sexual como hipótesis residual frente a la violación y el estupro abusivo<sup>58</sup>. Pero, al mismo tiempo “rechazó el quiebre

---

<sup>56</sup> CABRILAC, R. 2009. Las codificaciones. Traducción Paulina Pulido y Claudia Bulnes. Chile, Flandes Indiano. p. 169.

<sup>57</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2001. Delitos contra autodeterminación sexual: [Material de estudio curso de Derecho Penal, parte especial]. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 6.

<sup>58</sup> *Ibíd.*, p. 77.

sistemático ilustrado y reunió todos los delitos de significación sexual en una misma categoría, los “delitos contra las buenas costumbres”<sup>59</sup>.

Esta categoría de delitos se caracteriza por un doble objeto de protección: “la libertad sexual, derecho personal de todo ser humano, [y] la moralidad pública, derecho inalienable de la sociedad”<sup>60</sup>.

Es un rasgo característico de la Codificación la inconsistencia en la estructuración de los delitos sexuales. Dicha inconsistencia se debe precisamente a la decisión legislativa de reunir todos los delitos de significación sexual en una misma categoría, tematizada como la clase de delitos contra la moral sexual.

Bajo esta nueva organización los delitos de abuso también fueron tratados como infracción a la moral social sexual<sup>61</sup>. De este modo, el ideal ilustrado pasa tener un rol secundario, puesto que si bien los delitos de abuso fueron tematizados como infracciones morales, el núcleo del delito siguió siendo la infracción de un deber correlativo al derecho del cual es titular la “víctima del delito”. Pero, por otra parte, el sistema sancionaba como delito sólo aquellas conductas infractoras cuya sanción fuera consistente con la protección de la moral social sexual.

---

<sup>59</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 217.

<sup>60</sup> NOVOA, E. 1946. El concepto de abusos deshonestos. Revista de Ciencias Penales. 8 (1): pp. 291-298. p. 292.

<sup>61</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 217.

El proyecto de sistematización planteado por la Codificación “es injustificable, porque no existe común denominador entre atentados a la libertad y atentados a la moralidad pública sexual en los términos de la distinción planteada por la ilustración”<sup>62</sup>.

Además de la dificultad –o derechamente la imposibilidad– de encontrar un bien jurídico lo suficientemente amplio que comprenda todas y cada una de las hipótesis de delitos de significación sexual; otro problema que plantea la Codificación es que produce en el subgrupo de los atentados sexuales una tensión entre el principio sistemático ilustrado y la orientación moralizante del modelo escolástico<sup>63</sup>.

#### **1.1.4 El reformismo**

En general, toda la discusión generada entre los siglos XIX y XX respecto a la configuración del moderno Derecho Penal sexual “giró en torno a la (i)legitimidad de la protección penal de la moral social sexual, concentrada en la

---

<sup>62</sup> Loc. cit.

<sup>63</sup> Loc. cit.

punición de la obscenidad, la homosexualidad consentida, el contacto sexual con jóvenes y la prostitución”<sup>64</sup>.

En este ambiente de cuestionamiento hacia la sanción de conductas que no constituían un delito de abuso, en los términos planteados por la Ilustración, surge el movimiento reformista, el cual representa una profundización del modelo ilustrado.

El principio de política legislativa sobre el que se funda el reformismo es simple y drástico: “toda norma penal que reforzare una prohibición moral del ejercicio de la sexualidad debe someterse a una disyuntiva fuerte: o bien se la reformula como norma que prohíbe el atentado contra la libertad de otro, u debía derogársela”<sup>65</sup>.

El Reformismo instaura la autodeterminación sexual como el interés protegido por esta clase de delitos, con lo que pasa a tener prioridad sistemática la consideración del medio de ataque por sobre el objeto de la acción<sup>66</sup>.

El modelo medieval centra el delito sexual en la realización de una acción sexual, el modelo reformista, en cambio, pone el acento en el abuso, de allí que el verbo rector o núcleo de la conducta delictiva no pueda ser otro que aquel que describe el acto abusivo.

---

<sup>64</sup> Loc. cit.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 218.

<sup>66</sup> Loc. cit.

La protección de la autodeterminación sexual, junto con la priorización del medio de ataque como criterio estructurador del sistema, se ve reflejada en el intento del Reformismo de despenalizar todas aquellas conductas que no impliquen un atentado o abuso sexual de una persona por parte de otra<sup>67</sup>.

Si bien el proyecto reformista pretende plantearse como radical, lo cierto es que no resulta serlo, en la medida que insiste en someter la clase de los delitos sexuales a la disyuntiva entre su formulación como hipótesis de abuso o la despenalización de la conducta, consistiendo básicamente en transformar la materia de la prohibición, haciendo de la infracción a una regla moral un caso de involucramiento no consentido por otro en un contexto de significación sexual<sup>68</sup>. De este modo, la estrategia reformista es, entonces, una adaptación – tal como lo hiciera la Ilustración con los delitos carnales– del sistema de los delitos sexuales al nuevo criterio de estructuración de los delitos contra la autodeterminación sexual.

---

<sup>67</sup> Loc. cit.

<sup>68</sup> Loc. cit.

## 1.2 El Derecho Penal Sexual Moderno

El quiebre generado por la ilustración y la codificación penal temprana con el modelo medieval tiene un significado que es constitutivo del Derecho penal sexual moderno.

La estructuración del delito sexual como un delito de desplazamiento, esto es, que sólo considera delito la lesión de un derecho individual o de un interés colectivo, afirma la pretensión de haber identificado el merecimiento y necesidad de pena de los abusos sexuales con total prescindencia de su consideración como infracción a una norma de moral sexual<sup>69</sup>.

“El momento crucial en la constitución asimétrica de la clase de los delitos de abuso sexual está en los años 1800 y 1801, que son los años de la publicación de la obra fundamental de la teoría del derecho penal de Paul Johann Anselm Feuerbach y de la primera edición de su influyente tratado de derecho positivo”<sup>70</sup>.

Luego, con el traspaso de la teoría de Feuerbach al derecho penal alemán vigente, se produjo un cambio conceptual.

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 213.

<sup>70</sup> *Loc. cit.*

Karl August Tittmann, refiriéndose a los delitos contra la libertad, señala que “consisten en la obstrucción de la capacidad de acción y en la coacción de la voluntad ajena respecto del actuar o no actuar. La acción delictiva contiene por lo tanto una violencia contra la persona, ya sea que ella acaezca mediante fuerza física o amenaza. El efecto de esta acción es un actuar o no actuar contrario a la voluntad”<sup>71</sup>.

De este modo, para Tittmann los delitos contra la libertad pueden ser de dos tipos “ellos consisten, o bien en la privación de la libertad de actuar por sí mismo (intervención ajena dirigida al mero padecer) o bien en la coacción a ejecutar una acción no querida”<sup>72</sup>.

En consecuencia, para definir los delitos contra la libertad “no es imprescindible una coacción a actuar contra voluntad, pues ellos –los delitos– consisten en una restricción a la libertad y ésta se encuentra igualmente presente en la mera coacción a la inactividad”<sup>73</sup>.

La diferencia entre la acción que constriñe a otro a ejecutar una acción no deseada y la acción que priva a otro de ejecutar un actuar deseado sólo tiene importancia para la cuantificación del delito, en la medida que la primera

---

<sup>71</sup> TITTMANN, K. Contribuciones a la doctrina de los delitos contra la libertad, Maissen 1806. Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez. En: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2000. Delitos contra la libertad: [Material de estudio curso de Derecho Penal, parte especial]. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 2)

<sup>72</sup> Loc. cit.

<sup>73</sup> Loc. cit.

acción es más grave que la pura coacción a la inactividad, ya que el constreñimiento a ejecutar una acción no querida transforma a la persona, objeto de dicha acción, en una cosa<sup>74</sup>.

La formulación de los delitos contra la libertad sexual no se reprodujo en el resto de los delitos contra la libertad, de modo que para la categoría de los delitos contra la libertad sexual esta doble faz de protección de la libertad no se aplica. Por el contrario, para la categoría de los delitos sexuales sí existe una diferencia entre la acción que constriñe a una acción no deseada y otra que sólo priva de un actuar deseado: sólo la primera de estas acciones es constitutiva de delito. Lo que equivale a señalar que la protección de la libertad sexual es asimétrica, es decir, sólo existe respecto de la libertad de abstinencia, no así respecto a la agencia.

El cambio conceptual que transformó al delito de lesión de la libertad corporal a uno de abuso o aprovechamiento, permite explicar por qué el derecho penal sexual moderno sólo protege el interés de una persona de no participar de la interacción sexual, es decir, únicamente protege la libertad de abstención sexual<sup>75</sup>.

Es en esta asimetría donde Bascuñán encuentra el argumento para negar la pretensión de neutralidad moral del derecho penal sexual moderno.

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 4.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, p. 2.

### 1.2.1 La lectura revertida

Para Bascuñán, el rasgo que define al derecho penal sexual es la asimetría radical en la valoración de la autonomía sexual, conforme a la cual el derecho penal sexual sólo protege la libertad de abstención sexual<sup>76</sup>.

Esta definición del delito sexual como un abuso que se comete realizando una acción sexual con el cuerpo de otro contra su voluntad –en su formulación originaria– o bien –en su formulación más avanzada– coaccionando a la víctima a tolerar la realización de una acción sexual con su cuerpo, es tan constitutiva de nuestra comprensión del delito sexual que prescindir de ella haría incomprensible para nosotros la regulación del derecho penal sexual<sup>77</sup>.

Sin embargo, Bascuñán advierte “que el sentido primario de esa regulación no es la protección de la autonomía sino la restricción de la sexualidad<sup>78</sup>”.

La restricción del concepto de abuso sólo a la acción que coacciona a la realización de una conducta no deseada permite conjeturar que el moderno delito de abuso sexual tiene un doble carácter normativo: formal y

---

<sup>76</sup> BASCUÑÁN (2009), op. cit., p. 209.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, p. 210.

<sup>78</sup> *Loc. cit.*

explícitamente, es una afirmación legal que declara a la persona que padece la coacción como titular de un derecho a la libertad sexual; informal y tácitamente, es una afirmación cultural que declara a la persona que padece la coacción como inocente de la infracción de un imperativo de abstención sexual<sup>79</sup>.

De este modo Bascuñán sostiene que “la unilateralidad (asimetría) de la configuración de los delitos de abuso sexual se explica por la pervivencia latente del concepto adscriptivo de víctima del modelo regulativo medieval”<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 215.

<sup>80</sup> *Loc. cit.*

## **CAPITULO II. LOS “DELITOS SEXUALES” EN EL CODIGO PENAL CHILENO DE 1875**

### **2.1 Estructura del Título VII de los “Crímenes y simples delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública”.**

La redacción del Código Penal de 1875 ubicó los delitos de significación sexual en el Título VII del Libro II, bajo el epígrafe de: “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”.

Tanto el epígrafe, como su consideración sistemática de apartado omnicomprensivo de los delitos con alguna significación sexual, fueron tomados del Código Penal belga de 1867<sup>81</sup>. Por su parte, la codificación española influyó directamente “en el contenido de los diferentes tipos delictivos y en la sistemática seguida en la regulación de los delitos”<sup>82</sup>.

El esquema del Título VII comienza con la figura que tiene señalada una mayor pena, prosiguiendo a continuación, el resto de las figuras delictivas,

---

<sup>81</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (Comp.). 2000. Delitos contra la autodeterminación sexual: [Apuntes de la cátedra de Derecho Penal parte especial]. Santiago, Chile.: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 87.

<sup>82</sup> IÑESTA, E. 2003-2004. El Código de 1874. En: Revista chilena de historia del derecho (19): 293-328. p. 297.

ordenadas en forma decreciente, según su gravedad. Esto, en lugar de partir con el tipo básico y a continuación los especiales, privilegiados y calificados<sup>83</sup>.

El legislador se preocupó de elegir los términos utilizados para formular cada una de las figuras delictivas del Título VII, de modo de evitar caer en el uso de expresiones que resultaban incómodas o incluso inapropiadas para el uso público de aquella época<sup>84</sup>. Lo anterior redundó en que no se describiera(n) con demasiada precisión la(s) acción(es) típica(s) constitutivas de los distintos tipos penales.

Un ejemplo de la deficiencia en el contenido descriptivo es el artículo 365 del Código Penal, que sancionaba a “quien se hiciere reo de sodomía”, sin describir en qué consistía la acción típica propiamente tal.

En cuanto a la tutela de los bienes jurídicos protegidos –en términos generales– el legislador le dio mayor relevancia al Estado y a los bienes colectivos por sobre la persona del ofendido<sup>85</sup>.

En el Título VII se reitera esta situación “se antepone la lesión de la comunidad, la moral pública antes que la persona individual. Es el caso, también, de la consideración como delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública de los supuestos de aborto, abandono (de menores), raptó

---

<sup>83</sup> Loc. cit.

<sup>84</sup> MALDONADO, F. 2003 . Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de Delitos sexuales En: Problemas actuales del Derecho Penal. Concepción, Chile, Universidad Católica de Temuco, Facultad de Derecho. p. 323.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 325.

violación, usurpación y suposición de estado civil, estupro, corrupción (de menores), abusos deshonestos y adulterio”<sup>86</sup>.

El legislador define el paradigma de conducta sexual conforme al cual la sociedad debe ajustar sus prácticas, así las prohibiciones morales se ven reforzadas por la prohibición penal de la conducta.

Consecuencialmente, el legislador reconoce la libertad de los ciudadanos en la medida que éstos se ajusten a la conducta juzgada previamente como correcta.

La moral sexual aceptada y defendida por el legislador consiste en el reconocimiento de determinado orden sexual como correcto o como un “uso correcto de la sexualidad”.

El uso correcto de la sexualidad es “aquella forma de expresión humana que se materializa por medio de la invasión del órgano sexual masculino en el órgano sexual femenino y dirigida a la procreación. Se debe agregar a ello – como exigencia complementaria– el que dicha conducta debe ser realizada por personas que se encuentran unidas por un vínculo matrimonial”<sup>87</sup>.

Lo anterior es, básicamente, el paradigma que veremos reforzado a lo largo de las disposiciones que regulan la conducta sexual punible en el Código Penal de 1875.

---

<sup>86</sup> Loc. cit.

<sup>87</sup> Loc. cit.

### 2.1.1 Bien jurídico protegido: la honestidad

La denominación de “delitos sexuales” dada a todas aquellas figuras típicas relativas a la conducta sexual penalmente relevante tiene su justificación precisamente en un sistema como el desarrollado en el Código de 1875, esto porque el bien jurídico protegido por estas figuras está relacionado con el resguardo del uso “correcto” de la función sexual, de allí entonces que el concepto o denominación de “delito sexual” nos sitúe en la hipótesis de un uso “no correcto” de la función sexual.

En este sentido, “no todo hecho de carácter sexual que infrinja la moralidad es un delito sexual. Si así fuera estaríamos en presencia del *delicta carnis* que se pretende ya superado”<sup>88</sup>. Para que el acto de significación sexual constituyera un delito, en los términos del sistema impuesto por el Código de 1875, era necesario que la actividad sexual infringiera un bien jurídico protegido por el derecho en concreto<sup>89</sup>.

La doctrina, en general, es conteste en afirmar que el bien jurídico protegido correspondía a la honestidad sexual, entendiendo por tal “a la facultad

---

<sup>88</sup> MALDONADO, op. cit., p. 14.

<sup>89</sup> Loc. cit.

individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”<sup>90</sup>.

El término honestidad es tradicional de la codificación española y fue utilizado en la epígrafe del título respectivo en los Códigos de 1840 y 1870.

Más allá de algunos pequeños matices, las definiciones de honestidad como bien jurídico coinciden en que ella depende de estándares culturales que determinan la corrección de la conducta. “Todo el régimen de estos delitos ha sido, desde 1875, el precipuo cauce jurídico formal de los índices culturales de aprobación o reprobación que zanzan en la comunidad ese juego a menudo equívoco y en pugna de significados sociales a que se reduce en definitiva lo sexual en la vida de relación”<sup>91</sup>.

Así también lo consideraba Bascuñán Valdés, quien señala “que el sentido de los conceptos “costumbres”, “buenas costumbres” y “honestidad” es designar, si bien de forma amplia, el conjunto de normas sociales referentes a la moralidad sexual”<sup>92</sup>.

En este sentido, la honestidad sexual tiene un marcado componente cultural, puesto que la medida de lo honesto se encuentra en aquello que resulta aceptable por parte de una comunidad en un tiempo más o menos

---

<sup>90</sup> GUZMÁN, op. cit., p. 23.

<sup>91</sup> Loc. cit.

<sup>92</sup> BASCUÑÁN VALDÉS. 1962. El delito de abusos deshonestos. Santiago, Editorial Universitaria. p. 12.

determinado. De este modo, resulta complejo concretar el concepto de honestidad sexual, más aún resulta imposible establecer a la honestidad sexual como un estándar objetivo de conducta, puesto que el concepto no puede escindirse de las valoraciones sociales que existen respecto de la conducta sexual y que son en definitiva las que lo construyen.

### **2.1.2 El sistema de los delitos contra la honestidad**

En el Código Penal de 1875 las formulaciones típicas relativas a la conducta sexual fueron estructuradas en base al concepto de honestidad; como se dijo, la honestidad como bien jurídico protegido consiste en el desarrollo de la conducta sexual dentro de los márgenes de la moral sexual o, de otro modo, lo que se busca amparar es una determinada forma de desarrollo de la conducta sexual considerada, por el legislador, como correcta o adecuada a la norma moral.

El paradigma de contacto sexual estaba constituido por el contacto sexual entre personas de distinto sexo y que, por ende, estuviera dirigido a la procreación.

La existencia de esta premisa dentro del sistema de regulación determinaba el reconocimiento expreso a un tipo de expresión sexual, lo que significaba que “cualquier otra práctica de naturaleza sexual no detentaba el

mismo valor comparativo, y por ello no requerían el mismo grado de protección penal<sup>93</sup>.

El esquema desarrollado por el Código Penal de 1875 puede resumirse de la siguiente forma: “conductas sexuales que no se deben realizar y que, por ende, deben ser penalizadas o proscritas, conductas sexuales no queridas o consentidas, y que por ello deben ser reprimidas en el marco de los abusos sexuales, el inicio sexual prematuro con riesgo de la pérdida de la honestidad sexual radicado en el delito de estupro y, finalmente, la gran conducta a proscribir, por el riesgo evidente de generar visibilidad externa de pérdida de pudor sexual (la violación)”<sup>94</sup>.

### **2.1.2.1 La violación**

El artículo 361 del Código Penal de 1875 sancionaba el tipo penal de la violación, la formulación típica de aquella época era la siguiente:

“Artículo 361. La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a mayor en su grado medio.

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

---

<sup>93</sup> MALDONADO, op. cit., p. 78.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, pp. 234 y 235.

1º Cuando se usa la fuerza o intimidación.

2º Cuando la mujer se halla privada de razón o sentido por cualquier causa.

3º Cuando sea menor de doce años cumplidos, aún cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”.

#### **2.1.2.1.1 Acción típica: yacer.**

La acción típica “yaciendo con una mujer”, generó algunos problemas interpretativos. Desde luego no era discutido el que yacer “no consistía en tenderse al lado de la mujer, del modo como yacen los dormidos o los muertos”<sup>95</sup>, sino en la realización de una acción sexual.

Asimismo, no era controvertido ni en la doctrina ni en la jurisprudencia “el hecho que para yacer con una mujer era necesario el acto de penetración genital [...] la cuestión controvertida era la de determinar que cavidades de la mujer se debe penetrar genitualmente para “yacer” con ella”<sup>96</sup>.

Al respecto existían dos posiciones, por una parte, una tesis restringida que sostenía que sólo el coito vaginal era constitutivo de yacer, mientras que la

---

<sup>95</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2000), op. cit., p. 32.

<sup>96</sup> Loc. cit.

penetración por vía anal u oral era sólo constitutiva del delito de abusos deshonestos. La postura minoritaria, en cambio, señalaba que también la penetración anal y la fellatio debían ser consideradas como conductas dentro del ámbito de yacer<sup>97</sup>.

La doctrina mayoritariamente adhería a la tesis restringida, vale decir, a la identificación de “yacer” con el coito heterosexual.

Bascuñán Rodríguez explica “que la selección de la mujer como único objeto personal de la acción sólo se justifica en función de requerir la especificidad anatómica genital femenina para la realización de la acción típica”<sup>98</sup>.

Maldonado sostiene que “se considera la penetración vaginal como única modalidad de comisión porque es la única que puede dar lugar a un signo visible de que se ha perdido el correcto uso de la sexualidad”<sup>99</sup>.

A propósito de lo anterior, Bascuñán Rodríguez señala que “sólo el coito vaginal puede conllevar el riesgo de una lesión de la autodeterminación reproductiva por un embarazo no querido, razón que era necesaria para fundamentar una pena severísima”<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Loc. cit.

<sup>98</sup> Loc. cit.

<sup>99</sup> Loc. cit.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, pp. 32 y 33.

En consecuencia, “obligar a una mujer a que realice un acto sexual de penetración vaginal, destinado por ende a la procreación, se considera naturalmente como uno de los ilícitos de mayor gravedad (violación), no sólo en tanto ello afecta la libertad de la víctima en su conducta sexual, ni porque su vida sexual se haya “desviado”, sino porque la ejecución de un acto de esa naturaleza fuera del seno matrimonial o consentido, afecta (potencialmente) la honestidad de la mujer”<sup>101</sup>.

Siguiendo lo anterior, es necesario destacar que independientemente de la potencial lesión a la autodeterminación reproductiva de la mujer –motivo que en todo caso, aclara Bascuñán Rodríguez, “se movía en el plano de fin genérico de la ley, y no en el bien jurídico protegido como concreción correlativa en el objeto de la acción. Pues también la penetración genital vaginal de una mujer sabidamente infértil constituía violación”<sup>102</sup>– el legislador parece comprender que la mujer “víctima de una violación sería alguien que, por esa sola circunstancia, ha caído en desgracia, convirtiéndose en un espécimen “menos que perfecto”<sup>103</sup>.

En este sentido, es importante destacar que en la regulación “el acento no está en la conducta, sino en el riesgo que emana de su realización, en orden a evidenciar que la víctima se ha apartado de “ese correcto uso de la

---

<sup>101</sup> *Ibíd.*, p. 75.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, p. 78.

<sup>103</sup> *Loc. cit.*

sexualidad”, aun y cuando se haya producido fuera del marco de su voluntad. Su pureza, castidad o fidelidad en materia sexual, han desaparecido con la ejecución de dicha conducta”<sup>104</sup>.

Bascuñán Valdés, al referirse al término yacer, señala que “tanto la doctrina y jurisprudencia españolas como la chilena, están acordes en que se refiere al acceso carnal normal, realizado por vía destinada al efecto y que todo acto contra natura sobrepasa el ámbito de la violación”<sup>105</sup>.

De esta forma, en el Código Penal de 1875 el concepto de yacer tiene una doble limitación: 1) sólo se puede yacer con mujer y; 2) sólo se refiere al acceso carnal por vía vaginal.

Etcheberry, en cambio, opinaba que tratándose de la acción típica en el delito de adulterio –el artículo 375 del Código Penal disponía “comete adulterio la mujer que yace con varón que no sea su marido”<sup>106</sup>–, yacer sólo podía referirse al coito vaginal, puesto que las restantes hipótesis de comisión, a saber, acceso carnal por vía anal u oral, no eran medios que estuvieran dispuestos legítimamente para el marido. En consecuencia, el tipo penal

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*, p. 77.

<sup>105</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, *op. cit.*, p.19.

<sup>106</sup> *Ibíd.*, pp. 20 y 21.

resguardaba el legítimo derecho del marido en relación con el conocimiento de la prole<sup>107</sup>.

Sin embargo, el mismo autor prefería una interpretación más laxa del término yacer cuando éste era utilizado para describir la acción típica en el delito de violación, puesto que si bien para él era evidente, en atención a lo razonado a propósito del adulterio, que el legislador otorgaba un “significado indudablemente sexual” al término<sup>108</sup>, en el caso de la violación no podía restringirse a la “copula normal”, puesto que “los órganos genitales, principalmente el ano, pero también la boca, son zonas erógenas, susceptibles de ser excitadas sexualmente”<sup>109</sup>.

Para el autor, “forzar a una mujer a la cópula anormal representa un atentado tan grave contra su libertad sexual como forzarla a un coito vaginal”<sup>110</sup>. Y es que para Etcheberry, aun en el contexto del Código de 1875, la violación constituía un atentado en contra de la libertad sexual de la mujer: “debe considerarse además que el delito de violación no es un atentado contra la

---

<sup>107</sup> ETCHEBERRY A. 1965. Derecho Penal. Parte especial. 3<sup>era</sup> ed. Santiago, Carlos E. Gibs. Vol. III. p. 36.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, p. 56.

<sup>109</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>110</sup> *Loc. cit.*

honestidad, ni contra el orden de la familia, ni contra las buenas costumbres, sino primordialmente contra la libertad sexual”<sup>111</sup>.

#### **2.1.2.1.2 Los sujetos del delito de violación**

En relación con el sujeto pasivo de la acción por disposición expresa era la mujer. “No se requieren características especiales en ella: no doncellez, ni honestidad, ni buena fama, ni vínculo de parentesco, ni edad”<sup>112</sup>.

En ese mismo sentido se pronunciaba Labatut, quien señalaba que el sujeto pasivo sólo puede ser una mujer, sin que sea de apreciar su estado civil, edad, reputación o doncellez, porque lo que la ley defiende es su libertad sexual<sup>113</sup>.

La posibilidad de que el hombre pudiera ser objeto pasivo de la acción estaba descartada directamente por la redacción que señalaba específicamente a la mujer.

---

<sup>111</sup> Loc. cit.

<sup>112</sup> Loc. cit.

<sup>113</sup> LABATUT, G. 1968. Derecho Penal. 5<sup>ta</sup> ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 199.

Respecto al sujeto activo, Labatut señala tajantemente que “sujeto activo de este delito sólo puede serlo el hombre”<sup>114</sup>.

Etcheberry por su parte indica que “en cuanto al sujeto activo, el solo texto legal no establece exigencias especiales, pero dado que la acción consiste en una penetración o acceso carnal, y que la víctima sólo puede ser una mujer, es indudable que sólo el varón puede ser sujeto activo del delito.”<sup>115</sup>.

En este punto casi no existe discusión, incluso entre quienes eran de la opinión de ampliar el concepto de yacer a la penetración del ano o boca de la víctima (en consideración a la libertad sexual de ésta): no cabe duda que la acción es sólo realizable por un varón.

#### **2.1.2.1.3 El delito de violación como delito de propia mano**

Tradicionalmente el delito de violación ha sido caracterizado como un delito de propia mano. El delito de propia mano –ya lo veíamos a propósito de los delitos de lujuria– no importa una calificación especial del sujeto, pero si requiere que sea llevado a cabo a través de una acción corporal de éste, es decir, la acción típica debe ser ejecutada por el propio sujeto a través de una acción corporal.

---

<sup>114</sup> Loc. cit.

<sup>115</sup> ETCHEBERRY (1965), op. cit., pp. 57 y 58.

En los delitos de lujuria este requisito se explica porque, siendo la lujuria un pecado de tacto, importan el uso del placer sexual (contrario al orden natural o racional del sexo), de allí el merecimiento de la pena<sup>116</sup>.

En el caso de nuestra legislación, la violación en el Código de 1875 estaba definida por la acción de “yacer”. Si bien el término es equívoco, considerando el desarrollo anterior, debe entenderse que yacer se refiere, al menos, al coito vaginal.

Luego, si la acción típica es el coito, se impone entonces la caracterización de la violación como un delito de propia mano.

De la calificación de la violación como delito de propia mano varios autores concluyen que sólo puede ser sujeto activo del delito el hombre. Así, por ejemplo, Labatut, quien lo señala explícitamente<sup>117</sup>. En este mismo sentido Etcheberry apunta que “la llamada violación lésbica, de mujer a mujer, sólo puede realizarse mediante el roce externo de los órganos genitales o mediante la introducción de un órgano o instrumento que remede el pene; en uno y otro caso está ausente la penetración o acceso carnal, y no puede estimarse que hay violación”<sup>118</sup>.

Esta última aseveración resulta llamativa considerando que, aquilatando el término yacer, el mismo autor destaque “el indudable significado sexual que

---

<sup>116</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 211.

<sup>117</sup> LABATUT, op. cit., p. 205.

<sup>118</sup> ETCHEBERRY (1965), op. cit., p. 57.

le da la ley”<sup>119</sup>. Luego, si en términos simples pudiéramos definir el coito (yacer) como la introducción de un órgano en una cavidad, digamos la vagina, pareciera que para Etcheberry la “penetración lésbica” carece de la suficiente significancia sexual para ser constitutiva del delito de violación o, de otro modo, sería la ausencia del pene como órgano penetrativo lo que define que una acción como ésta carezca de la idoneidad para quebrantar la norma.

### **2.1.2.2 El delito de abusos deshonestos**

La figura básica del tipo penal descrito en el artículo 366 del Código Penal está constituida por: “El que abusare deshonestamente de una persona de uno u otro sexo, mayor de doce años y menor de veinte años”.

El inciso segundo del mencionado artículo sancionaba el abuso deshonesto violento o agravado, consistente en el abuso deshonesto pero concurriendo –además– las circunstancias comisivas de la violación, es decir, fuerza o intimidación, privación de razón o sentido, sin distinción de la edad de la víctima.

La interpretación de la disposición del artículo 366 resultaba compleja debido a la falta de precisión conceptual con que fue redactada. El artículo no

---

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 56.

describía suficientemente en qué consistía la acción típica y la utilización de la expresión “deshonestamente” como calificativo del abuso, dificultaba la comprensión respecto de qué tipo de acción era sancionable como tal.

Entre los críticos de la redacción del artículo 366 se encontraba el Eduardo Novoa Monreal, quien al respecto sentenciaba: “Pocos delitos hay en nuestro Código Penal peor configurados que el delito de abusos deshonestos de que trata el art. 366”<sup>120</sup>.

La interpretación de Novoa comenzaba con el siguiente análisis: la figura básica de abuso deshonesto excluía totalmente el empleo de fuerza, esto en atención a que el inciso segundo del artículo 366 incluía como circunstancias calificantes las mencionadas por el artículo 361 del Código Penal, vale decir, el uso de la fuerza o intimidación y la privación de sentido o razón de la víctima, en consecuencia, el “concepto puro de abuso deshonesto es totalmente extraño al uso de fuerza física o moral por parte del sujeto activo”<sup>121</sup>.

Una segunda consideración consistía en que “no constituye abuso deshonesto el coito normal, libremente consentido, aún por persona menor de veinte años y tampoco los actos que tiendan a la consumación de ese coito”<sup>122</sup>.

En base a esta última consideración Novoa sostuvo que “abuso deshonesto habría de consistir en el uso de las funciones genitales o sexuales

---

<sup>120</sup> NOVOA, op. cit., p. 294.

<sup>121</sup> Loc. cit.

<sup>122</sup> Ibíd., p. 292.

de manera impropia”<sup>123</sup>, más adelante precisa que “no sería otra cosa –el abuso deshonesto– que el utilizar los órganos de la generación o el instinto sexual en una forma desviada, contra natura”<sup>124</sup>; finalmente, concluye que son abusos deshonestos “las distintas perversiones sexuales, por ejemplo: el sadismo, masoquismo, exhibicionismo”<sup>125</sup>.

Sin embargo, para Novoa su interpretación del artículo 366 –sin perjuicio de tratarse, a su juicio, de una interpretación lógica– no le resultaba satisfactoria puesto que, “no obstante la aparente extensión del concepto de abusos deshonestos, en la forma que lo emplea el Código Penal, que parece comprender toda clase de actos de tipo libidinoso que no sean la legítima expresión del deseo sexual, el tipo penal aparece notablemente reducido en sus alcances”<sup>126</sup>.

En consecuencia, el autor en 1946 propuso modificar el artículo 366, definiendo el delito de abusos deshonestos “como todo acto lúbrico, diverso de la conjunción carnal, realizado sobre persona de cualquier sexo sin su voluntad (por fuerza o intimidación o aprovechando de su falta de razón o sentido). Además, debía presumirse de derecho que no puede prestar consentimiento válido para este objeto el menor de doce años, lo mismo que debe presumirse

---

<sup>123</sup> *Ibíd.*, p. 296.

<sup>124</sup> *Loc. cit.*

<sup>125</sup> *Loc. cit.*

<sup>126</sup> *Ibíd.*, p. 291.

legalmente que tampoco tiene el discernimiento necesario para darlo el menor de veinte años”<sup>127</sup>.

La propuesta del autor apuntaba a solucionar aquel vacío que se producía –a su juicio– en la medida que las figuras del artículo 366 eran dependientes entre sí, es decir, el inciso primero tipificaba el abuso deshonesto simple, estableciendo con ello cual era la conducta constitutiva de abuso deshonesto, mientras que el inciso segundo tipificaba el caso en que la conducta constitutiva de abuso deshonesto (inciso primero del artículo 366) fuera ejecutada conforme a alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361 del Código Penal.

Con la propuesta de modificación del artículo 366, Novoa pretendía evitar la impunidad de actos que en sí mismos no constituían abuso deshonesto (simple) y que, por lo tanto, aún cuando fueran ejecutados mediante el uso de la fuerza no podían ser castigados como abuso deshonesto calificado, dado que faltaba el elemento fundamental de la acción punible, contenido en el concepto de “abuso deshonesto” (simple)<sup>128</sup>.

Esta conclusión a la que Novoa arriba luego de interpretar el artículo 366 ciertamente refleja una concepción moralizante respecto del delito de abuso sexual. Para Bascuñán Valdés, la interpretación de Novoa no es correcta,

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*, pp. 297 y 298.

<sup>128</sup> *Loc. cit.*

puesto que “el delito de abusos deshonestos contiene una actividad de carácter sexual. No digamos que se requiere el desahogo de la libidinosidad, de la lujuria, digamos que en su materialización, o en los medios empleados, o en el móvil o fin del agente, hay elementos de sexualidad. En seguida se requiere que este acto de carácter sexual tenga una naturaleza deshonesto, impúdica, entendiendo por honestidad aquel conjunto de normas que configuran la vida moral de una sociedad en materia sexual, es decir moral sexual. Pero no es suficiente que un acto de carácter sexual sea inmoral para que constituya delito. Se requiere que atente contra un objeto jurídico específicamente protegido por el Derecho. En el título VII se protege la ‘moral pública’ en forma genérica, pero cada figura delictiva debe tener por objeto la protección de un bien jurídico específico. Y aquí surge para nosotros, con toda importancia el término ‘abuso’. ¿Qué se entiende por abuso? Para el Diccionario de la Real Academia, abuso es ‘la acción y efecto de abusar’; y abusar es ‘usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa’. Pero cabe preguntarse ¿de qué se abusa en el delito en estudio? Del Río, Novoa y sus seguidores responden: de la actividad sexual. El artículo 366 dice: ‘El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo...’ Para nosotros, la ‘cosa’ de que se abusa, es la persona de uno u otro sexo”<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, op. cit., pp. 55 y 56.

El reparo de Bascuñán Valdés consiste entonces en que la interpretación de Novoa transforma un delito de abuso, entendido como el atentado contra el interés que tiene otro en la abstención de comunicación sexual<sup>130</sup>, en una infracción al orden moral.

La propuesta de Novoa se ve empañada por su consideración de “abuso de la función sexual”, sin embargo, nos parece que su interpretación revela uno de los problemas que se presentan en relación con el delito de abusos deshonestos, que consiste en que este delito se mantiene o subsiste en el límite entre la libertad sexual y las ofensas a la honestidad y a las buenas costumbres.

### **2.1.2.3 El incesto**

La Comisión redactora del Código Penal se separó del modelo español para tratar el incesto “elevándolo al carácter de delito autónomo, integrado por las solas circunstancias de la relación sexual y del vínculo de parentesco, y dándole su propia denominación”<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Loc. cit.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 44.

El Código Penal español de 1848 no consideraba al incesto como una infracción en sí misma, siendo una circunstancia que calificaba o agravaba el delito de estupro. El jurista español Pacheco estimaba que no existía conveniencia social en sancionar el incesto en otras circunstancias que no fueran la de agravar el delito de estupro<sup>132</sup>.

Sin embargo, el Código alemán y el suizo sancionaban el incesto como una infracción a la ley penal. En el derecho italiano era necesario que el incesto estuviera acompañado de escándalo para ser sancionado, mientras que en el derecho inglés su sanción estaba reservada a los tribunales eclesiásticos<sup>133</sup>.

El artículo 364 del Código Penal de 1875 sancionaba a quien conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad legítima o ilegítima o afinidad legítima o con un hermano consanguíneo legítimo o ilegítimo, aunque sea mayor de veinte años.

---

<sup>132</sup> ETCHEBERRY (1965), op. cit., p. 43.

<sup>133</sup> Loc. cit.

### 2.1.2.3.1 Acción típica

Para Labatut la noción de incesto en materia penal guarda concordancia perfecta con el derecho civil en lo que respecta a la regulación del matrimonio, considerando que los grados de parentesco a los que hace referencia el artículo 364 para tipificar el incesto son los mismos que los establecidos por la ley civil como impedimento para contraer matrimonio<sup>134</sup>.

La redacción no explicitaba en qué consistía la acción típica, sin embargo, la doctrina nacional fue consistente en señalar que la acción consistía –al menos– en la conjunción carnal. Así, por ejemplo, Labatut señala que “los elementos integrantes del delito de incesto son: a) conjunción carnal; b) parentesco en los grados mencionados por la ley, y c) conocimiento de este vínculo”<sup>135</sup>.

La doctrina mayoritariamente señalaba que la acción consistía en el acceso carnal por vía vaginal, con lo cual los sujetos partícipes quedaban determinados como individuos de distinto sexo. Respecto de la uniformidad de la doctrina en este punto Bascuñán Valdés expresaba: “no contamos con

---

<sup>134</sup> LABATUT, op. cit., p. 204.

<sup>135</sup> Loc. cit.

argumentos para negar la uniforme doctrina de nuestro país, según la cual sólo se refería al acceso carnal natural entre un hombre y una mujer vinculados por alguno de los grados de parentescos exigidos por la ley”<sup>136</sup>.

#### **2.1.2.3.2 Sujetos del delito de incesto**

Asumiendo que la acción requiere al menos de la conjunción carnal de dos personas, Etcheberry se cuestiona “si los incestuosos han de ser personas de diferente sexo, y si los actos entre ellos realizados deben consistir en la copula normal, o si pueden ser también actos de acceso carnal anormal o de homosexualidad”<sup>137</sup>.

Para la respuesta de las interrogantes formuladas Etcheberry recurre al análisis del bien jurídico protegido. Descartando la posibilidad que el bien jurídico sea la libertad sexual, porque el tipo no requiere ni fuerza ni intimidación; tampoco lo será la moralidad pública, puesto que no se requiere escándalo; y si ambos partícipes actúan de forma libre y con conocimiento, el bien jurídico tampoco corresponderá a la honestidad sexual<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, op. cit., p. 21.

<sup>137</sup> ETCHEBERRY (1965), op. cit., p. 44.

<sup>138</sup> Loc. cit.

Luego, el autor concluye que “el carácter delictivo de la relación carnal surge únicamente del parentesco que une a los copartícipes. Ello nos indica que este delito ha sido concebido como una ofensa al orden de las familias, que aparece afectado de doble manera: primeramente, por la posibilidad de engendrar hijos, que de acuerdo con las leyes biológicas pueden ser un factor de degeneración de la familia y aun de la estirpe, y en seguida, representa un atentado contra las buenas costumbres en forma particularmente chocante al sentimiento familiar. Sin embargo es el primer aspecto el más importante, pues en materia de ofensas a las buenas costumbres la ley siempre exige la presencia de escándalo; tutela la moralidad pública y no la privada. Aunque la comisión redactora no consignó expresamente este tal razonamiento, dejó testimonio de que restringía las relaciones propias del incesto a aquellas que impedían el matrimonio entre quienes las tuvieran, lo que corrobora la idea más arriba expuesta”<sup>139</sup>.

Lo anterior permitía establecer “que sólo los actos idóneos para introducir la descendencia incestuosa y eventualmente degenerada serían constitutivos de este delito: la cópula normal entre varón y mujer [...]. De admitirse, eso sí, que dado los amplios términos del texto legal tal conducta es punible aun en ciertos casos en que esté ausente la posibilidad de introducción de

---

<sup>139</sup> *Ibíd.*, p. 45.

descendencia eventualmente degenerada [...] <sup>140</sup>. Subsiste en tales casos, empero, la ofensa a los sentimiento familiares”<sup>141</sup>.

Para Etcheberry, en todo caso, era particularmente relevante para el legislador la protección al orden sexual familiar, considerando que su mayor preocupación era biológica y no social-jurídica<sup>142</sup>.

Una última anotación que cabe realizar sobre el delito de incesto es que tanto Etcheberry como Labatut consideran que el delito no admite una clasificación de sus sujetos en sujeto pasivo y activo. Este último autor señala que “[e]n el incesto, a diferencia de lo que ocurre con el rapto, en la violación y en el estupro, hay dos delincuentes, a menos que una de las personas que se unen carnalmente, o ambas, desconozcan el vínculo que las liga”<sup>143</sup>, mientras que para Etcheberry, conociendo ambas partes las relaciones que los unen, serán coautores<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> La Comisión redactora del Código no profundizó en los motivos para sancionar el incesto, pero al momento de discutir su ubicación dentro del Título VII del Código, en las Actas de la misma comisión se señala: “Discutido el párrafo 4º que castiga “el estupro i la corrupción de menores”, se acordó modificar su epígrafe diciendo: Del estupro, incesto, sodomía, de otros delitos deshonestos i de la corrupción de menores”, en atención a que el concubito de parientes dentro del grado prohibido tiene el nombre especial de incesto, i que convenía incluir en este párrafo, por su analogía con las otras materias de que trata, los abusos deshonestos y la sodomía, no mencionados en el proyecto orijinal” (Código Penal de Chile. Actas de la Comisión Redactora del Código Penal chileno; Proyecto del Código Penal chileno. Santiago, Imprenta de la República. 1873-1874, pp. 385 y 386)

<sup>141</sup> ETCHEBERRY (1965), op. cit., p. 45.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, p. 46.

<sup>143</sup> LABATUT, op. cit., p. 204.

<sup>144</sup> ETCHEBERRY (1965), op. cit., p. 46.

## CAPITULO III. LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

### 3.1 Antecedentes. Historia de la Ley N° 19.617

La Ley N° 19.617, publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de julio de 1999, alteró la disposición sistemática de los delitos tipificados en los párrafos 5° y 6° del Título VII del Libro II del Código Penal de 1875, pese a que este no fue su cometido inicial<sup>145</sup>.

Sin duda, el estudio de la Ley N°19.617 plantea muchas interrogantes, sin embargo, las más relevante se refiere al establecimiento de la libertad sexual como bien jurídico protegido.

“El vuelco desde la honestidad hacia la libertad sexual es palmario, al menos en las intenciones que manifiesta y los hitos sobresalientes de un proceso legislativo prolongado en exceso y cuyo origen se remonta a 1993”<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> En el mensaje del Ejecutivo de fecha 03 de agosto de 1993 se da cuenta que el proyecto busca modificar el Código Penal y otros cuerpos legales solamente en “materias vinculadas al delito de violación, fundado ello en la ausencia de una normativa eficaz en la materia BIBLIOTECA DEL Congreso Nacional. 1999. Historia de la Ley N° 19.617: Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación [en línea] <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19617&anio=2014](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19617&anio=2014)> [consulta: 23 de agosto de 2011]. p. 5.

<sup>146</sup> GUZMÁN, op. cit., p 14.

En tal sentido no existe duda que efectivamente la ley introdujo un cambio de denominación del bien jurídico, sin embargo, la interrogante es, precisamente, de qué modo debemos comprender la libertad sexual para que realmente represente una modificación del paradigma que giraba en torno a la honestidad.

La tesis de Guzmán Dalbora respecto de la reforma introducida por la Ley N° 19.617 es clara y puede resumirse en que “una cosa son las intenciones de la autoridad legislativa, y otra, muy distinta, que la voluntad de la ley sancionada les preste objetivo respaldo”<sup>147</sup>. De este modo, el autor identifica a lo largo de los distintos tipos penales sancionados de conformidad a la citada ley una continuación solapada de los principios que inspiraban a la antigua regulación penal, relativa a los delitos de connotación sexual.

Considerando la cantidad de figuras típicas en las que tuvo impacto la Ley N° 19.617, es difícil formular de antemano un comentario fundado respecto de la profundidad de la reforma introducida por ella. Es por ello que a continuación revisaremos algunas de las hipótesis desarrolladas por la doctrina respecto del(los) bien(es) jurídico(s) protegido(s) por la nueva regulación de los delitos sexuales.

---

<sup>147</sup> Loc. cit.

### **3.2 Bienes jurídicos protegidos por la regulación establecida a través de la Ley N° 19.617**

Circunscribiremos el análisis a tan solo tres delitos: la violación (artículos 361 y 362 del Código Penal), el estupro (artículo 363 del Código Penal) y la sodomía de varón menor de 18 años (artículo 365), en atención a que la tipificación de todas estas figuras descansa en la misma descripción nuclear: “acceder carnalmente”<sup>148</sup>.

En esta parte del ordenamiento jurídico penal chileno se sanciona la lesión de diversos bienes jurídicos. En efecto, se hace mención expresa a dos de ellos; por una parte, se proclama la libertad sexual, que sería lesionada por los delitos de violación<sup>149</sup> y estupro<sup>150</sup>; y por otro, la indemnidad sexual, bien jurídico cuya cautela estaría plasmada, en lo concerniente a atentados consistentes en instancias de acceso carnal, en el artículo 362 del mismo cuerpo legal.

---

<sup>148</sup> MAÑALICH, J. P. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas. En: *Ius et Praxis*, 2014, Vol.20, pp. 21-70. p. 21.

<sup>149</sup> Historia de la Ley N° 19.617, op. cit., p. 29.

<sup>150</sup> *Ibíd.*, p. 31.

En lo que respecta a las propuestas doctrinarias que buscan dar cuenta del nuevo escenario regulatorio introducido por la Ley N° 19.617, podemos distinguir entre enfoques pluralistas y monistas<sup>151</sup>.

Dentro de este panorama, nuestra doctrina penal mayoritaria suscribe un enfoque pluralista, toda vez que constata una dúplice proyección de las exigencias teleológicas de la reforma, a saber, “la autodeterminación del adulto en el plano del sexo y el desarrollo sexual inalterado de los menores”<sup>152</sup>, propuesta de reconstrucción de la regulación que es denominada por Juan Pablo Mañalich “esquema dualista”, en atención a que los autores suelen sistematizar estas conductas realizando una distinción entre aquellas que “lesionan la libertad (o autonomía) sexual de la víctima en cuestión” y aquellas que “lesionan su indemnidad (o intangibilidad) sexual”<sup>153</sup>.

El autor identifica la edad de la víctima del delito en cuestión como el criterio formal sobre el cual descansa la diferenciación que hace suya el esquema dualista. Así, en el derecho penal chileno, “los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona cuya edad sea igual o superior a los 14 años habrían de ser categorizados como delitos contra la libertad sexual; los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona menor de 14 años,

---

<sup>151</sup> MAÑALICH, op. cit., p. 25.

<sup>152</sup> GUZMÁN, op. cit., p. 5.

<sup>153</sup> MAÑALICH, op. cit., p. 25.

en cambio, como delitos contra la indemnidad sexual”<sup>154</sup>. La plausibilidad de este esquema radicaría, entonces, en la posibilidad de sostener, por ejemplo, que “una violación punible bajo la norma de sanción del artículo 361 lesionaría un bien jurídico distinto de aquel que resultaría lesionado por una violación punible bajo la norma de sanción del artículo 362”<sup>155</sup>.

Adicionalmente, nuestro ordenamiento jurídico dispensaría una protección intensificada a la libertad sexual de los menores púberes, protección que “se haría operativa a través de la prohibición de todo contacto que a su respecto tenga lugar o bien mediante abuso de una anomalía o perturbación mental, o bien mediante abuso de una relación de dependencia, o bien mediante abuso de una situación de grave desamparo, o bien mediante abuso de su inexperiencia o ignorancia sexual”<sup>156</sup>.

En lo que respecta a las propuestas monistas, nos detendremos en tres de ellas: 1) aquella que proclama a la libertad sexual como objeto unitario de protección de este subconjunto de normas, defendida en nuestro medio por Etcheberry; 2) aquella que hace lo propio con la honestidad, postura que ilustraremos con los postulados de Guzmán Dalbora; 3) y, finalmente, aquella que erige a la indemnidad sexual como único bien jurídico protegido, para lo

---

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p. 26.

<sup>155</sup> *Ibíd.*, p. 32.

<sup>156</sup> *Ibíd.*, p. 26.

cual utilizaremos los análisis realizados por Rodríguez Collao y Juan Pablo Mañalich.

### **3.2.1. Honestidad sexual**

Guzmán Dalbora sostiene que la honestidad constituiría el único bien jurídico protegido, entendida aquélla como “la facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”<sup>157</sup>, puesto que sólo así cabría dar unidad sistemática a esta categoría de delitos, una vez descartada la libertad sexual “en su pureza”, esto es, aislada de las “connotaciones axiológicas” que comúnmente se le añaden con el objeto de matizarla<sup>158</sup>.

A mayor abundamiento, este autor constata en la nueva regulación del subconjunto de ilícitos que nos ocupa, la transición desde una concepción que giraba en torno a la honestidad como bien jurídico tutelado a una donde la libertad sexual pasó a ser el eje central, pese a lo cual la honestidad sigue presente, pero esta vez con un corte, antes que moral, moralizante<sup>159</sup>. En otras palabras, a través de la identificación de la honestidad como bien jurídico

---

<sup>157</sup> GUZMÁN, op. cit., p. 12.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, p. 11.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, p. 46.

protegido, el autor reconoce que en la nueva regulación de los delitos vinculados con la actividad sexual no fue enteramente purgado el tradicional “sesgo moralizador que ostentaba la intervención represiva del Estado en orden al trato carnal y sus epifenómenos”<sup>160</sup>.

En el mismo sentido, los profesores Politoff, Matus y Acuña sostienen –al menos respecto de las acciones sexuales que pueden tener como víctima a un menor púber– que, salvo las figuras de violación y abusos sexuales cometidos con violencia o intimidación, las distintas figuras legales parecen atentar en contra de la honestidad, como ocurriría con el delito de sodomía de un varón menor de 18 años, consagrado en el artículo 365 del Código Penal, o incluso en la violación con abuso de la enajenación mental de la víctima, del artículo 361 N° 3 del mismo cuerpo legal, entre otros<sup>161</sup>.

Para Guzmán Dalbora todo el régimen de esta parte del ordenamiento penal chileno ha sido –desde 1875– el cauce jurídico formal de los índices culturales de aprobación o reprobación que definen en la comunidad “lo sexual en la vida de relación” y, como tales, dichos índices han ido variando junto con la cultura, la que a su vez ha modificado sus juicios respecto del comportamiento en la esfera del sexo<sup>162</sup>. Es por ello que este autor, si bien

---

<sup>160</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>161</sup> POLITOFF, S., MATUS, J. P. y RAMÍREZ, M. C. 2005. Lecciones de Derecho penal Chileno. Parte especial. 2ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. pp. 246 y 247.

<sup>162</sup> GUZMÁN, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

adhiera a la tesis de la honestidad como objeto de protección, lo hace en relación a un concepto evolutivo de la misma, sin defender aquí, entonces, aquella honestidad de antaño, y celebrando, por el contrario, la supresión de los tan criticados “ingredientes empírico culturales” propios de la vieja configuración, en atención al desmedro que ocasionaban al principio de igualdad ante a ley<sup>163</sup>.

Como argumento a favor del reconocimiento de la honestidad como el bien jurídico tutelado por este subconjunto de disposiciones, el autor evoca la regulación de la moderna “corrupción de menores”, caracterizada por Garrido Montt como “la realización de actos que interfieren en el proceso de formación y desarrollo de la sexualidad de una persona, poniendo en peligro la libertad en su ejercicio futuro”<sup>164</sup>, actos entre los cuales se encontrarían aquellos previstos y sancionados por los siguientes tipos penales<sup>165</sup>: 1) sodomía de un varón menor de 18 años (artículo 365 del Código Penal); 2) favorecimiento de la prostitución (artículo 367 del Código Penal); 3) exposición de menores a actos de significación sexual<sup>166</sup> (artículo 366 quáter del Código Penal); 4) producción

---

<sup>163</sup> *Ibíd.*, p. 46.

<sup>164</sup> GARRIDO, *op. cit.*, p. 324.

<sup>165</sup> POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 279

<sup>166</sup> Respecto del menor de catorce años.

y comercialización de material pornográfico<sup>167</sup> (artículo 366 quinquies del Código Penal), injustos todos que protegerían la indemnidad sexual y también la honestidad –no así la libertad sexual–, toda vez que castigan hechos donde intervienen menores de dieciocho años, pero mayores de catorce –en principio facultados para disponer de su sexualidad–, sin consideración a su voluntad<sup>168</sup>.

Tal como ocurre con el recurso a la libertad sexual como objeto de protección, el recurso a la honestidad no está exento de crítica. En efecto, Garrido Montt –defendiendo la libertad sexual como bien jurídico protegido– sostiene que la honestidad, como concepto alternativo y como referente de las demás figuras o intereses protegidos en el Título VII del Libro II del Código Penal, “hoy en día es considerada unánimemente como criterio unificador inadecuado e injustificado para soportar cualquiera de las figuras penales que se le vinculan”<sup>169</sup>, apoyando este aserto en la constatación de la mayor amplitud que detentaría la “actividad deshonesta” en relación a las conductas que en nuestro ordenamiento jurídico son tipificadas como delitos relativos al ámbito de la sexualidad<sup>170</sup>. Este autor agrega finalmente que la referencia a la honestidad como bien jurídico protegido “recoge y protege la concepción relativa del ejercicio de las funciones de índole sexual, separando el ejercicio honesto y el

---

<sup>167</sup> En cuanto se utilice para ello a menores de catorce años.

<sup>168</sup> Loc. cit.

<sup>169</sup> GARRIDO, op. cit., p. 262.

<sup>170</sup> *Ibíd.* pp. 262 y 263.

deshonesto –permitido y prohibido de la misma–, morigerando los espacios de libertad que –en realidad– permiten justificar la existencia de estos delitos”<sup>171</sup>.

En el mismo sentido, y también a propósito de la defensa de la libertad sexual como bien jurídico protegido, Díez Ripollés sostiene que la elección de ésta como objeto de tutela del derecho penal se plantea como una elección objetiva, libre de las trabas moralizantes que el concepto de honestidad introdujo en otro tiempo a la regulación de los delitos relativos al ámbito de la sexualidad: “el concepto de libertad sexual propuesto es coherente con la idea plenamente asentada, de que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas”<sup>172</sup>, como sucedería, por el contrario, con la honestidad como objeto de protección de este subconjunto de normas.

### **3.2.2 Libertad sexual**

Etcheberry, por su parte, intenta sistematizar estos ilícitos dividiéndolos en dos clases: aquellos que sancionan los atentados contra el orden de las familias y

---

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p. 263.

<sup>172</sup> DÍEZ, J. L. 1990-2000. El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual. *Anuario de Derecho penal (1990-2000)*: 51–81. p. 2.

aquellos que aparecen referidos a la moralidad pública, ubicando en este segundo grupo a los delitos de violación, estupro y “las formas calificadas de sodomía”, entre otros<sup>173</sup>. Al respecto sostiene que el principio general en la materia es el de la libertad sexual: “cada persona es libre para ejercitar su actividad sexual como desee”.

En todo caso, hay que tener presente que Etcheberry consideraba a la libertad sexual como el bien jurídico protegido siempre que ésta se desarrollara dentro de los límites morales. La definición de la libertad sexual como la “capacidad de para disponer del propio cuerpo dentro de los límites que imponen las costumbres sociales” es muy propia de aquellos países en que los auténticos delitos contra la capacidad de autodeterminación sexual figuran dentro de apartados que hacen referencia a la moralidad pública<sup>174</sup>, como era el caso del Código penal chileno en la época del comentario de Etcheberry.

No obstante lo anterior, para este autor, los delitos de este grupo se enmarcarían en los atentados contra la libertad consistentes en violentar la voluntad de una persona “en el campo de los actos indiferentes, esto es, obligándola a hacer algo que no es ilícito, pero que la persona no deseaba libremente hacer”, sin perjuicio de que también a veces puedan revestir la forma

---

<sup>173</sup> ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho penal parte especial. 3ª edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. t. III. p. 10.

<sup>174</sup> RODRÍGUEZ (2016), p. 144.

de impedimentos impuestos a una persona para el cumplimiento de la ley, o de invasiones ilícitas a su intimidad<sup>175</sup>.

La afirmación anterior no es del todo predicable en relación con la libertad sexual, puesto que “la tutela de la libertad sexual sólo podrá tener lugar en aquellos casos en que el autor pasa por alto una manifestación de voluntad contraria a la realización de la actividad sexual o bien aprovecha las facilidades que para su ejecución le brinda alguna circunstancia que limita el ejercicio de la facultad volitiva”<sup>176</sup>.

### **3.2.2.1 La falta de plausibilidad de la libertad sexual como bien jurídico protegido**

La libertad sexual ofrece bastante dificultades para su consideración como bien jurídico protegido. Esto porque si aquélla no es más que una faceta de la libertad general, no aparece razón alguna que justifique dotar de independencia sistemática a las infracciones que vulneran la capacidad de autodeterminación del individuo en el campo específico de su vida sexual”<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> ETCHEBERRY (1997), op. cit., 46 y 47.

<sup>176</sup> RODRÍGUEZ (2016), op. cit., p. 175.

<sup>177</sup> *Ibíd.*, p. 147.

De lo anterior se sigue “que si en efecto se sostiene que la autonomía en el ejercicio de la propia sexualidad reclamaría una protección intensificada e irreductible a la dispensada a la libertad general de acción, entonces se vuelve especialmente difícil de explicar la asimetría exhibida por esa supuesta protección. Pues en estos términos, sólo resultaría prohibida *sub specie* violación una acción consistente en la imposición coercitiva del padecimiento de un acceso carnal, en la forma de menoscabo de la ‘libertad sexual negativa’ de la víctima, pero no así una acción consistente en el impedimento coercitivo del padecimiento –o el goce– de una acción carnal, en forma de menoscabo de ‘libertad sexual positiva’ de la víctima”<sup>178</sup>.

En relación con la dificultad de otorgar autonomía sistemática a la libertad sexual en relación al resto de los delitos contra la libertad, Diez Ripollés señala que “el concepto de libertad sexual es coherente con la idea plenamente asentada, de que los bienes jurídicos protegen situaciones o relaciones de la realidad social, y no meros derechos o facultades subjetivos o, dicho de otro modo, intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas”<sup>179</sup>.

En este sentido, el autor intenta explicar que la libertad sexual está vinculada con la percepción de la sexualidad como una dimensión de la vida humana especialmente valorada, dicha vinculación se explicaría porque “estos

---

<sup>178</sup> MAÑALICH (2014), op. cit., p. 33.

<sup>179</sup> DIEZ, op. cit., p. 22.

atentados a la libertad conlleven una peculiar cualidad de injusto que no se captaría adecuadamente en su integración dentro de los delitos genéricos contra la libertad personal<sup>180</sup>”.

Sin embargo, como hace notar Mañalich “la pregunta es precisamente si acaso tales ‘matizaciones valorativas’ son de tal significación que ellas pudiesen llegar a justificar la identificación de la libertad sexual como objeto de protección sistemáticamente diferenciado”<sup>181</sup>.

En opinión de Rodríguez Collao, “ninguno de estos matices puede ser explicado recurriendo a la idea de libertad sexual. Frente a dos situaciones idénticas en cuanto a la forma en que se ha doblegado la voluntad de la víctima (por ejemplo, intimidación mediante un arma de fuego), pero diferentes en cuanto al acto ejecutado (acceso carnal, en un caso; introducción de un objeto distinto del pene, en otro caso), sencillamente no hay diferencia alguna en lo que respecta a la lesión de la libertad sexual, lo cual pone de manifiesto que este último valor en realidad carece de las virtudes hermenéuticas y sistemáticas que la doctrina con tanta insistencia destaca”<sup>182</sup>.

Por otra parte, aún cuando pudiera ser posible justificar una protección intensificada a la libertad sexual, distinta de la dispensada a la libertad general,

---

<sup>180</sup> *Ibíd.*, p. 3.

<sup>181</sup> MAÑALICH (2014), *op. cit.*, p. 33.

<sup>182</sup> RODRÍGUEZ (2016), *op. cit.*, p. 151.

queda pendiente explicar lo que Bascuñán denomina “la anomalía” de la protección a la autonomía sexual.

Dicha “anomalía” consiste en la asimetría que se observa en la sanción de los delitos sexuales y que los diferencia de los delitos contra la libertad (general). Así, el rasgo que define al derecho penal sexual consiste en una asimetría radical en la valoración de la autonomía sexual. Sólo constituyen delitos sexuales acciones de que constriñen a otro(s) a involucrarse en una interacción sexual. Las acciones que, por el contrario, impiden a otro(s) interactuar sexualmente no constituyen delitos<sup>183</sup>.

Para Diez Ripollés, “la constatación de que las formulaciones típicas de los delitos sexuales parten en todo momento de la presunción de que una relación sexual con otra persona no se desea mientras no se haya manifestado el consentimiento, descartando partir de la alternativa contraria, a saber, de que toda relación sexual es en principio deseada a no ser que se manifieste una oposición a ella”<sup>184</sup>, constituye una admisión de “un condicionamiento socio-cultural significativo, aquel que expresa que el comportamiento sexual con otra persona [...] exige su previa admisión en esa esfera reservada, en contraposición al que pudiere entender la sexualidad como una actividad humana que es en principio siempre bienvenida y que sólo se descarta cuando

---

<sup>183</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 209.

<sup>184</sup> DIEZ, op. cit., p. 5

concurrir circunstancias especiales. Esta disyuntiva, sin embargo, no es exclusiva de estos delitos pudiéndose apreciar en otros muchos, optándose según los casos por una u otra alternativa, sin que ello suponga, como tampoco aquí, cuestionar la identidad del bien jurídico inicialmente adoptado”<sup>185</sup>.

Además, aún en esta formulación sobrevive “la consideración positiva a la sexualidad”, puesto que constituye una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con la autorrealización personal del individuo, lo que justificaría que el derecho penal vede aquellos comportamientos que denotan un ejercicio de la sexualidad carente de libertad<sup>186</sup>, entendiendo que la libertad se manifiesta en el otorgamiento de consentimiento a la acción.

Para Mañalich, utilizando la terminología de los defensores del *topos* de la protección sexual, el argumento desconoce que en aquellas acciones en las que hay un impedimento coercitivo del contacto sexual, también se encuentra comprometida la “autorrealización personal”<sup>187</sup>.

“A este respecto, no está demás observar que el argumento de que la regulación legal de todas formas se mostraría comprometida con la promoción de la dimensión positiva de la libertad sexual, en la medida que no quede sometido a prohibición el ejercicio de la propia sexualidad que no conlleve coacción u otra forma de interacción abusiva respecto de otras personas, es a

---

<sup>185</sup> Loc. cit.

<sup>186</sup> *Ibíd.*, p. 3.

<sup>187</sup> MAÑALICH (2014), *op. cit.*, p. 34.

todas luces falaz. Pues en ese argumento se confunde la identificación del objeto de protección de una o más normas de prohibición, de un lado, con la caracterización de acciones de cierto tipo como jurídicamente ‘indiferentes’ –en el sentido de ‘débilmente permitidas’– como consecuencia de que la regulación legal no los someta a prohibición alguna, de otro”<sup>188</sup>.

Finalmente, “la aparente restricción de la protección de la libertad sexual a su sola dimensión negativa, sugiere irónicamente, que el concepto de libertad sexual no es idóneo para la determinación del bien jurídico de cuya protección se trata”<sup>189</sup>.

### **3.2.3 Indemnidad sexual**

Como se puede apreciar, la libertad sexual no parece suficiente para estructurar de forma consistente el sistema de los delitos sexuales. Frente a esto, hay quienes proponen la noción de indemnidad sexual como fundamento de los delitos de connotación sexual.

---

<sup>188</sup> Loc. cit.

<sup>189</sup> Loc. cit.

Rodríguez Collao desarrolla la indemnidad sexual partiendo del reconocimiento que la libertad sexual no se manifiesta en todos los ámbitos de la criminalidad sexual<sup>190</sup>.

Así, “desde otro punto de vista [dice el autor] también es innegable que los delitos sexuales –en varias hipótesis que estos incluyen– tienden a la protección de la víctima frente al daño psíquico y emocional que esta puede experimentar a consecuencia del comportamiento sexual abusivo, tanto en forma coetánea a su realización como en un momento posterior. Pensamos que este aspecto del sustrato valorativo de los delitos que nos ocupan puede expresarse, indistintamente, bajo las denominaciones de integridad, incolumidad e indemnidad sexuales, en la medida que todas ellas hacen referencia al derecho del individuo a no sufrir detrimento en el plano de la sexualidad”<sup>191</sup>.

Si bien Rodríguez Collao reconoce que la indemnidad sexual adquiere una especial preponderancia en los menores (de edad), por cuanto sería este grupo etario en donde la acción sexual afectaría el desarrollo y evolución de la personalidad, pudiendo producir desequilibrios que limiten su vida o equilibrio psíquico en el futuro<sup>192</sup>, no por ello ésta se encuentra limitada a este grupo de personas, sino que por el contrario, reconociendo el potencial “daño” que puede

---

<sup>190</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 175.

<sup>191</sup> RODRÍGUEZ (2016), op. cit., p. 175.

<sup>192</sup> *Ibíd.*, p. 176.

provocar la acción sexual, “el planteamiento que aquí se formula en orden a que la indemnidad sexual es uno de los bienes jurídicos a cuya protección tienden los delitos sexuales, no está referido únicamente a los menores e incapaces, como suele ser costumbre en el ámbito de la doctrina penal”<sup>193</sup>.

El autor desarrolla así una concepción de integridad sexual en función del concepto de bienestar sexual. Según la concepción del bienestar, los delitos sexuales serían –entonces– medios específicamente sexuales de daño psíquico. “Algo así como una modalidad gravísima de maltrato personal. Del mismo modo que el derecho penal de las lesiones corporales protege la capacidad de las funciones corporales como presupuesto del ejercicio de la libertad de acción, el derecho penal sexual protegería la capacidad de sexualidad como presupuesto de la realización sexual. Esto permitiría explicar la asimetría. Conforme a esta concepción, impedir a otro un contacto sexual no afectaría su capacidad permanente de sexualidad de un modo intenso como constreñirlo a un contacto sexual, porque soportar un contacto no deseado sería una experiencia mucho más dañina de sexualidad que la frustración del contacto deseado”<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> Loc. cit.

<sup>194</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 220.

### **3.2.3.1 Valoraciones ético-culturales en la construcción de la indemnidad sexual en función del bienestar sexual**

El desarrollo de la indemnidad sexual en función de la idea de bienestar desarrollada por Rodríguez Collao, presenta el problema sobre la determinación del daño en virtud del cual se entiende lesionada la indemnidad sexual del sujeto.

Al respecto, Bascuñán apunta que una dificultad considerable es el hecho que hasta el momento las legislaciones penales no hayan recurrido a la constatación del daño o de un resultado traumático para condicionar la pena. Ahora bien, si por fuerza intuitiva pudiera asumirse la prescindencia de dicha exigencia (de resultado), los delitos sexuales serían de peligro abstracto para el bienestar sexual individual<sup>195</sup>.

Con todo, el gran inconveniente de la noción de bienestar es su imposibilidad de ofrecer una respuesta naturalista a la pregunta ¿por qué un contacto sexual no consentido es un modo incomparablemente idóneo para producir trauma en la víctima?<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> *Ibíd.*, p. 221.

<sup>196</sup> *Loc. cit.*

Para Bascuñán, existe la posibilidad de entregar una respuesta a la interrogante, pero con la limitación de reducir el concepto de trauma al trastorno nervioso o psíquico, lo que impide –finalmente– una relación causal entre el contacto sexual no deseado y el daño nervioso<sup>197</sup>.

El costo es sumamente alto, tanto que no puede ser asumido por una teoría que pretenda una concepción amplia de trauma. Así también, desde el punto de vista de la legitimación penal, no es posible asumir el costo, ya que “una teoría que afirma la idoneidad única de modos específicos de comportamiento para producir un resultado dañino, y que hace valer esa afirmación como razón para justificar la selección legal exclusiva de esos modos como comportamientos punibles, no puede eludir la demostración de la verdad de su afirmación”<sup>198</sup>.

Rodríguez Collao asume la necesidad de justificar el daño de modo que no tenga que asumirse como evidente, y para ello recurre a las valoraciones ético-culturales. “La forma en que este valor (la indemnidad sexual) puede ser lesionado –o sometido a una situación de riesgo– depende de los efectos que la conducta sexual abusiva pueda traer consigo en los planos físico, psíquico y emocional; sin embargo, por lo menos respecto de los últimos planos es claro que la aptitud lesiva del acto en que se materializa el ataque está directamente

---

<sup>197</sup> Loc. cit.

<sup>198</sup> Loc. cit.

condicionada –e influida en orden a su gravedad– por factores ético-culturales”<sup>199</sup>.

Así, el autor reconoce que no hay evidencia científica para acreditar que el acceso carnal, por ejemplo, sea mucho más dañino que otras formas de contacto sexual, o que la vinculación sexual entre adultos y menores sea lesiva para estos últimos, pero señala que “la asignación de una mayor gravedad para el acceso carnal o para el trato sexual con menores sólo trasunta en la mayor impresión que tales actos provocan en la conciencia colectiva, por razones primordialmente culturales”<sup>200</sup>.

Para Bascuñán, si bien desde la perspectiva liberal la introducción de normas culturales puede resultar a primera vista contra intuitivo, dicha consideración permitiría explicar la asimetría (en la configuración del abuso sexual), de modo que sería compatible con la protección de la autonomía sexual como fundamento del derecho penal sexual<sup>201</sup>.

Lo anterior sería posible siempre que se distinga entre reglas constitutivas y regulativas. Hecha la distinción, podrá advertirse que la objeción liberal se dirige hacia la introducción de normas regulativas, es decir, a las

---

<sup>199</sup> RODRÍGUEZ (2016), op. cit., p. 171.

<sup>200</sup> *Ibíd.*, p. 175.

<sup>201</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 222.

prohibiciones culturales de realización de la sexualidad como objeto de protección<sup>202</sup>.

“Ninguna prohibición cultural del ejercicio de la sexualidad, por más asentada que se encuentre en la comunidad, vale sin más como razón justificadora de la coacción estatal”<sup>203</sup>. En este mismo sentido parece apuntar Rodríguez Collao, quien señala que “la única exigencia que puede deducirse de las normas constitucionales, en lo que atañe a los fundamentos y a la regulación de los delitos de significación sexual, es que las conductas delictivas se orienten a la protección del interés personal y, además que el Estado no ejerza la potestad punitiva con el único propósito de salvaguardar un interés moral o ideológico”<sup>204</sup>.

Es aquí, en el reconocimiento que el derecho individual a la configuración autónoma del plan personal de vida tiene prioridad sobre el interés colectivo de reforzar la vigencia de la moral social, en donde se encontraría el auténtico argumento moderno<sup>205</sup>.

Así, “el rechazo a reforzar prohibiciones culturales no exige desconocer por completo la cultura a la que pertenecen esas prohibiciones. La necesidad de incorporar las reglas constitutivas de la cultura sexual es evidente, por

---

<sup>202</sup> Loc. cit.

<sup>203</sup> Loc. cit.

<sup>204</sup> RODRÍGUEZ (2016), op. cit., p. 172.

<sup>205</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 222.

ejemplo, en la definición legal de comportamiento prohibido. La cuestión de qué cuenta como comportamiento sexual, ya sea realizado por el autor del delito o el padecido por la víctima, es una interrogante que el derecho penal sexual no puede responder en toda su extensión sin recurrir a las normas de la cultura. Aparte de la penetración de ciertas cavidades corporales por los genitales masculinos, que por su inequívoca significación sexual admite un criterio puramente anatómico de identificación, la calificación de un contacto corporal como sexual es una cuestión de sentido, definida por las reglas de la cultura sexual”<sup>206</sup>.

Sin perjuicio del desarrollo que posteriormente hagamos del tema, en este momento es preciso llamar la atención sobre como la aseveración anterior naturaliza una supuesta sexualidad del cuerpo que minuciosamente identifica locaciones de placer<sup>207</sup>.

Siguiendo con el punto anterior, Bascuñán explica que la asimetría podría explicarse como una norma de cultura. “La cultura sexual dominante en Occidente define el contacto sexual como discreto, en el sentido de que se

---

<sup>206</sup> Loc. cit.

<sup>207</sup> MAÑALICH, J. P. 2011. Ontología sexual y Derecho Penal. En: EN REVERSA. Primeras jornadas estudiantiles de Teoría de Género Universidad de Chile. Santiago, Editorial Párrafo. p. 94.

encuentra *prima facie* excluido, requiriendo su admisión un levantamiento de esa exclusión”<sup>208</sup>.

En este sentido, el tránsito de la cultura sexual no ha estado dirigido a eliminar o modificar la regla de exclusión, sino a variar la regla conforme a la cual se entiende socialmente reconocido el levantamiento de esa exclusión<sup>209</sup>.

Finalmente, “la asimetría se explica precisamente como preponderancia de la (permanente) regla de exclusión respecto de las (fluctuantes) reglas de levantamiento. Quien se arroga, contra las reglas vigentes, una prerrogativa de levantamiento de la exclusión para infringir la regla de exclusión recibe un tratamiento mucho más severo que el que recibe quien, contra las reglas vigentes, desconoce la prerrogativa de levantamiento de otros(s) para hacer valer la regla de exclusión”<sup>210</sup>.

Lo anterior permitiría explicar “casos difíciles” para la concepción de bienestar, como los que expone Rodríguez Collao, quien señala piénsese, por ejemplo, en una persona que vive los últimos momentos de su vida en estado de total e irreversible inconsciencia. Para este autor, el fundamento de la sanción se desplazaría en este caso desde la lesión de la indemnidad sexual a

---

<sup>208</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 222.

<sup>209</sup> Loc. cit.

<sup>210</sup> *Ibíd.*, p. 223.

la lesión de la intangibilidad sexual, entendiendo por tal el propósito de evitar que el individuo o, mejor dicho, su cuerpo sea utilizado como objeto sexual<sup>211</sup>.

Para Bascuñán, en cambio, estos casos –además del contacto sexual consentido por impúberes– pueden reconducirse como casos de infracción a la regla de exclusión del contacto sexual y, en tal carácter, son equiparables al abuso violento<sup>212</sup>.

Sin embargo, “que la consideración de la cultura sexual haga inteligible la anomalía del derecho penal sexual no implica que la haga legítima. El derecho penal moderno satisface el principio liberal de la prioridad de la libertad porque reconoce a la decisión individual como modo legítimo de levantamiento de la regla de exclusión *prima facie* del contacto sexual”<sup>213</sup>.

Así, aunque la regla de exclusión y la reglas de levantamiento de la exclusión hayan sido reconducidas por el derecho penal sexual a términos no morales –como lo era en la época medieval–, estas transformaciones son incomparablemente menores que la continuidad de la definición de contacto sexual como un comportamiento discreto<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> RODRÍGUEZ (2016), op. cit., p. 176.

<sup>212</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 223.

<sup>213</sup> Loc. cit.

<sup>214</sup> Loc. cit.

En consecuencia, la asimetría entre la protección de la libertad de abstención (sexual) y la libertad de realización sexual sigue pendiente de justificación<sup>215</sup>.

### **3.2.3.2 Autonomía personal como fundamento de la protección de la indemnidad sexual**

Para desarrollar la noción de indemnidad sexual Mañalich reconstruye el fundamento de la ilicitud de la violación, de modo que sea posible centrar el análisis “en aquel conjunto de propiedades que cabe identificar como la marca del ‘caso puro’ de violación. Por tal ellos entienden lo que queda de un caso más o menos ajustado a la fenomenología característica de una violación, una vez que se hace abstracción de todas aquellas circunstancias que pueden condicionar el *trauma* asociado al padecimiento de la penetración misma”<sup>216</sup>.

Desde ya, su aproximación al daño es diametralmente distinta al planteamiento de Rodríguez Collao. Así, en la propuesta de Mañalich, “para establecer el fundamento de la ilicitud de la violación en su ‘forma pura’ es necesario prescindir de cualquier dimensión de daño (*harm*) ulterior que

---

<sup>215</sup> Loc. cit.

<sup>216</sup> MAÑALICH (2014), op. cit., p. 35.

pudiese estar próxima o remotamente conectada con ese mismo padecimiento, en el entendido que la eventual 'dañosidad' de una violación para su víctima tendría que exhibir carácter de epifenómeno"<sup>217</sup>.

Concebir en términos más laxos el daño obstaculiza la posibilidad de configurar "un caso puro". "Pues la representación de que al sólo padecimiento de la correspondiente penetración, con total independencia que la víctima jamás llegue a tener noticias de ello, sería inherente un daño distintivo, resulta peligrosamente próxima a la representación sexista que subyace a la tradicional comprensión de la violación como delito cuya víctima necesariamente tendría (que) ser una mujer: la víctima de una violación sería alguien que, por esa sola circunstancia, ha caído en desgracia, convirtiéndose en un espécimen menos que perfecto"<sup>218</sup>.

De este modo, esta propuesta toma distancia de las concepciones que intentan identificar la supuesta lesividad de la violación con el menoscabo de la "integridad sexual" de la víctima, en términos que en última instancia remiten a un muy problemático modelo de protección de bienestar sexual<sup>219</sup>.

Ahora bien, la respuesta respecto del fundamento de la ilicitud de la violación en un "caso puro" –entonces– debe construirse a partir de los

---

<sup>217</sup> Loc. cit.

<sup>218</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>219</sup> *Ibíd.*, pp. 36 y 37.

intereses personales que pudieran resultar afectados por el hecho de ser objeto de una penetración<sup>220</sup>.

Siguiendo a Gardner y Shute, Mañalich señala que la primera puntualización que ellos hacen –respecto del fundamento de la ilicitud– está encaminada a demostrar la inviabilidad de la frecuentemente sugerida analogía entre el fundamento de la ilicitud de la violación y el fundamento de la ilicitud de un atentado contra la propiedad del otro<sup>221</sup>.

Así, “si bien tiene perfecto sentido entender que la relación entre una persona y uno o más objetos de su propiedad puede adquirir el carácter de una relación de auto-identificación, en el sentido de que esos objetos pasen a ser considerados por su dueño como extensiones artificiales de sí mismo, de ello no se sigue, a la inversa, que la relación entre una persona y su propio cuerpo pueda ser entendida como equivalente a una relación de propiedad sobre objetos”<sup>222</sup>.

Mediante la impugnación de la tesis de propiedad sobre el propio cuerpo se desvirtúa la reducción del valor de éste a nada más que a su valor de uso<sup>223</sup>. Con todo, el fundamento preciso para la ilicitud de la violación radica en el

---

<sup>220</sup> *Ibíd.*, p. 37.

<sup>221</sup> *Loc. cit.*

<sup>222</sup> *Ibíd.*, pp. 37 y 38.

<sup>223</sup> *Ibíd.*, p. 38.

hecho de que la violación, también en su forma pura, es el paradigma de la reducción de la valía del cuerpo a su mero valor de uso<sup>224</sup>.

Finalmente, “y puesto el cuerpo de una persona es un componente de lo que esa persona es, lo que el padecimiento de una penetración constitutiva de violación siempre conlleva es la ‘objetualización’ de la persona de la víctima”<sup>225</sup>.

Bascuñán considera que una elaboración más sofisticada de la teoría del trauma sería la teoría de la cosificación de la persona que es objeto de abuso sexual, es decir, “la consideración de la denegación del estatus de persona como razón de la punición diferenciada del abuso sexual”<sup>226</sup>. Para este autor, “esta versión de la teoría no puede desentenderse de la relación entre cosificación e inocencia, y por lo mismo, del reproche cultural medieval. Y desde luego, tiene que dar cuenta de la peculiar relevancia de la cosificación sexual frente a otra forma de trato denegatorio de la dignidad de la persona”<sup>227</sup>.

Mañalich, en tanto, descarta que la identificación del fundamento de la ilicitud de la violación con la “objetualización” de la persona constituya una “especie elaborada de la teoría normativa del trauma”, precisamente porque centra el análisis en determinar “un caso puro de violación”. La “teoría

---

<sup>224</sup> *Ibíd.*, p. 39.

<sup>225</sup> *Loc. cit.*

<sup>226</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), *op. cit.*, p. 225.

<sup>227</sup> *Loc. cit.*

normativa del trauma”, en cambio, se relaciona con la concepción de la violación como un delito contra el bienestar sexual<sup>228</sup>.

### **3.2.3.2.1 Autonomía personal**

Para el precitado autor resulta evidente que “la objetualización predicable de toda instancia de violación se encuentra internamente conectada con la vulneración del estatus de la víctima como sujeto portador de autonomía. Ello resulta particularmente fácil de advertir bajo la definición del ideal político de la libertad que es propia del republicanismo, a saber: como un estatus relacional de no- dominación. Pues en estos términos, no estar sometida a una relación de dominación es la expresión adecuada del estatus de toda persona “como fin en sí mismo”. Pero *mutatis mutandis*: tal estatus de autonomía no está específicamente revestido de ‘significación sexual’ alguna”<sup>229</sup>.

Luego de la constatación anterior, Mañalich introduce una consideración que permite transformar el sentido en que se invoca “el derecho autonomía sexual”. Es así como señala que “si bien Gardner y Shute correctamente observan que resultaría errado partir centrando el análisis del fundamento de la

---

<sup>228</sup> MAÑALICH (2014), op. cit., p. 39.

<sup>229</sup> *Ibíd.*, p. 41.

ilicitud de la violación en el problema de la existencia o inexistencia de genuino consentimiento en referencia al respectivo contacto sexual, su hipótesis es que el significado del requisito de ‘la falta de consentimiento’ necesita ser clarificado para que ese mismo fundamento de ilicitud pueda ser correctamente identificado.

Para esto, ellos se plantean la pregunta de si la objetualización que es distintiva de toda violación también tendría que ser predicable, en los mismos términos, de un contacto sexual enmarcado en el ejercicio de la prostitución [...] los trabajadores (y las trabajadoras) sexuales ‘típicamente están siendo objetualizados por sus clientes’, en tanto ‘están siendo usados exclusivamente para [su] gratificación sexual. Y que a pesar de ello un contacto sexual de esa índole esté lejos de resultar *per se* constitutivo de violación se explicaría, según ellos, por el hecho de que ‘el derecho a la autonomía sexual’ de los trabajadores sexuales, cuando su consentimiento es genuino, sirve para autorizar su abuso”<sup>230</sup>.

Lo anterior es particularmente relevante, puesto que permite entender “que el interés de autonomía que en abstracto fundamenta la protección dispensada a través de la prohibición jurídica de la violación puede simultáneamente demarcar o *restringir* el alcance de esa misma protección”<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>231</sup> *Loc. cit.*

Ahora bien, si la autonomía personal puede fundamentar y a su vez restringir la protección dispensada, es posible plantear la pregunta – análogamente a la pregunta respecto del ejercicio de la prostitución– de si la objetualización que es distintiva de la violación, también sería reconocible en el tipo penal del artículo 365 del Código Penal.

La descripción típica señala: el que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro. Considerando que la frase “sin que medien las circunstancias del delito de violación” se refiere a las descritas por el artículo 361, es pertinente entender que la configuración del delito del artículo 365 no supone una falta de consentimiento del menor accedido, por el contrario, pareciera entender que existe consentimiento para la ejecución de la acción.

Luego, existiendo consentimiento, el derecho a la “autonomía sexual” del menor púber, serviría para “autorizar el abuso”.

De otro modo, suponiendo la ley el consentimiento, la conducta –acceder carnalmente a un menor de dieciocho de su mismo sexo– no debiera tipificarse como delito, puesto que la existencia de consentimiento genuino del menor –su ejercicio de autonomía sexual– es suficiente para delimitar la protección, de modo que esa conducta debiera quedar fuera del ámbito punible y dentro del ámbito de autodeterminación del propio menor.

## CAPITULO IV. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA SODOMÍA BAJO EL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL

### 4.1 Historiografía del delito de sodomía

Conforme al criterio más difundido, sodomía deriva del nombre de la antigua ciudad del Pentápolis, Sodoma, ciudad que habría recibido el castigo divino a causa de las prácticas libertinas de sus habitantes<sup>232</sup>.

A juicio de Arancibia, sería el pasaje bíblico del Libro del Génesis<sup>233</sup> el que “dio origen a la voz sodomía, demostrando el significado que se le atribuyó a ésta; desde su creación se la empleó precisamente para designar las relaciones lúbricas entre personas del mismo sexo, o mejor, dicho entre hombres”<sup>234</sup>.

La sociedad romana fue reacia a la aceptación del coito homosexual pero, contrariamente a lo que se podría esperar, su ley no imponía castigos

---

<sup>232</sup> ARANCIBIA, op. cit., p. 14.

<sup>233</sup> Libro del Génesis (19; 4): “Antes de que fueran a acostarse, los hombres de la ciudad, los habitantes de Sodoma rodearon la casa, mozos y viejos, todos sin excepción. Llamaron a Lot y le dijeron: ¿Dónde están los hombres que han venido a tu casa esta noche? Sácanoslos para que los conozcamos. Salió Lot a la puerta y cerrándola tras sí, les dijo: “Por favor, hermanos míos, no hagáis semejante maldad. Mirad: dos hijas que tengo no han conocido varón; os las sacaré para que hagáis con ellas como bien os parezca”.

<sup>234</sup> ARANCIBIA, op. cit., p. 15.

especiales a las relaciones entre personas del mismo sexo. Por el contrario, la ley romana sometía las actividades homosexuales a las mismas restricciones a las que sometía las relaciones heterosexuales<sup>235</sup>. La *Lex scatinia* imponía una multa por la relación sexual entre varones, pero esta era bastante similar a la impuesta por el *stuprum* heterosexual.<sup>236</sup>

Así, en el Derecho Romano la sodomía –en un sentido estricto– quedaba comprendida dentro de las conductas sancionadas a título de *stuprum*, consistente en un precepto amplísimo que comprendía todas las hipótesis de delitos sexuales (sin distinción entre conductas heterosexuales y homosexuales) excepto las violentas<sup>237</sup>. Las hipótesis de delitos sexuales violentos, tanto heterosexuales como homosexuales “quedaban comprendidas en la noción amplísima del crimen *vis*, que se castigaba con pena capital”<sup>238</sup>.

No obstante lo anterior, hay un rasgo de la conducta homosexual a la que sí prestó mayor atención: “con respecto a los varones homosexuales adultos se centró en quienes desempeñaban el papel pasivo en la relación anal. Éstos, podían ser degradados en el ejército, y les quedaba vedado practicar el derecho y hasta aparecer en los tribunales para defenderse a sí mismos. Aquí, la ley refleja la idea de que un hombre que se somete pasivamente a tener

---

<sup>235</sup> BRUNDAGE, op. cit., p. 59.

<sup>236</sup> Loc. cit.

<sup>237</sup> ARANCIBIA, op. cit., p. 21.

<sup>238</sup> Loc. cit.

relaciones sexuales con otro hombre traicionaba las virtudes masculinas propias de los varones ciudadanos libres; se le castigaba, principalmente, por traicionar el orden social”<sup>239</sup>.

“Justiniano –en su labor codificadora– incluyó varias de las disposiciones dictadas con anterioridad respecto de la “gravísima lujuria contra natura”. El digesto, las Institutas y las Novelas imponen a este delito severas sanciones. Fue precisamente en la Novela 141, de 15 de marzo del año 549, en la que se empleó por primera vez el término “sodomía” para referirse a las relaciones homosexuales”<sup>240</sup>.

Ya dentro del contexto del Derecho Común, la influencia de las fuentes Canónicas en el desarrollo del Derecho medieval se vio reflejada en la sanción de la sodomía como crimen *contra natura*. Es así como el delito de sodomía en el Derecho Común fue formulado en términos mucho más amplios. Dentro de la denominación sodomía se agrupaba un gran número de acciones, todas ellas caracterizadas por la contrariedad al orden natural de la sexualidad, de allí su denominación de acciones *contra natura*.

Las acciones *contra natura* o sodomíticas fueron –siguiendo al Derecho Canónico– clasificadas por el Derecho Común. El concepto de sodomía fue especificado, de tal modo que en primer lugar se distinguía entre sodomía

---

<sup>239</sup> BRUNDAGE, op. cit., p. 60.

<sup>240</sup> ARANCIBIA, op. cit., p. 22.

propia e impropia. La sodomía propia, luego podía dividirse en tres tipos: sodomía por razón de sexo, por razón de género y sodomía por razón de orden natural. Las conductas asociadas a cada una de ellas eran las siguientes: en primer lugar, las relaciones homosexuales constituían el tipo de sodomía por razón de sexo, siendo esta la sodomía en sentido estricto. Las relaciones sexuales con animales, denominadas “crimen de bestialismo”, correspondían a la sodomía por razón de género. Por último, constituía sodomía por razón de orden natural, cualquier tipo de coito distinto del coito vaginal.

En este escenario resulta evidente que las relaciones homosexuales no eran toleradas. Es así como en el Real Concilio de Toledo XVI del año 693 la homosexualidad se sometió a duras sanciones, equiparándola con la herejía<sup>241</sup>.

La misma postura sostuvo la Iglesia, propiciando la adopción de toda clase de medidas para refrenar la homosexualidad, sometiéndola también a severas sanciones.

Las leyes contra la homosexualidad constituyen una de las áreas de la legislación penal que más se vio más influenciada por la regulación canónica. Así, por ejemplo, del precitado Concilio de Toledo XVI (año 693), surge la Constitución de Egica contra los sodomitas, cuerpo legal al que luego haría referencia el Fuero Juzgo para tratar el delito de sodomía<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>242</sup> *Loc. cit.*

Posteriormente, la interpretación del concepto de sodomía fue haciéndose más restrictiva, siendo considerada como tal sólo el concúbito entre varones. Haciendo eco de esta interpretación restrictiva, las legislaciones posteriores optaron por sancionar como delito de sodomía sólo la conducta homosexual masculina.

Dentro de las legislaciones que establecieron el delito restringido al concúbito entre varones se encuentra la legislación española –inserta en una genealogía que se remonta al Derecho visigótico–, que entendió a la sodomía como el ayuntamiento carnal entre hombres<sup>243</sup>.

Dentro de los cuerpos legales que sancionaban la sodomía se cuenta el Fuero Juzgo, el que “en el Libro III, Título VI, Leyes V y VI, castigaba la sodomía con castración y reclusión o prisión perpetuas [...] esta pena se aplicaba incluso al individuo que había sido forzado a soportar el comercio sexual desviado. En este último caso el paciente sólo podía eximirse de la sanción denunciando al otro”<sup>244</sup>.

Más tarde, el Fuero Real en la Ley IV, Título IX, Ley II, prescribió: “*home* que codicia a otro por pecar con él *contra natura* debe sufrir castración pública y al tercer día ser colgado por las piernas hasta que muera. Además el delincuente no debe ser sacado del patíbulo hasta que muera a fin de que sirva

---

<sup>243</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 74.

<sup>244</sup> ARANCIBIA, op. cit., p. 24.

de ejemplo”<sup>245</sup>. A diferencia del Fuero Juzgo, el Fuero Real señalaba que la pena alcanzaba a ambos autores.

Las Partidas también regularon el delito de sodomía, en la Partida 7°, Título XXI, Leyes I y II. El delito en cuestión aparece configurado en los siguientes términos: “*Sodomítico dizen al pecado en que caen los omes yaciendo unos con otros contra natura, e costumbre natural*”<sup>246</sup>.

En relación con la regulación del delito de sodomía por la Partida VII, cabe mencionar que el artículo 83, Título X, tratado 8° de la Ordenanza del Ejército, complementando la disposición, señalaba como agravante de responsabilidad el que un soldado sea convencido de sodomía. La pena impuesta en ese caso era la horca, luego de lo cual se le debía quemar.

Posteriormente en la Nueva Recopilación fueron incorporados nuevos preceptos que sancionaban más severamente el delito de sodomía<sup>247</sup>.

Más tarde, “Felipe II, aplicó la Inquisición para perseguir a los homosexuales. Por Pragmática de 1598, estableció una serie de medidas destinadas a facilitar la prueba del hecho delictuoso, las que fueron también

---

<sup>245</sup> Loc. cit.

<sup>246</sup> HUERTA, E. 1962. El Derecho Penal Indiano y su jurisprudencia chilena: delitos sexuales. Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 34.

<sup>247</sup> *Ibíd.*, p. 25.

íntegramente incluidas en la Novísima Recopilación”<sup>248</sup>. Si bien no agravó las penas, simplificó la persecución del delito al rebajar el nivel de prueba requerido para probarlo.

#### **4.1.1 Antecedentes del delito de sodomía en el Código Penal de 1875**

En los Códigos españoles el delito de sodomía fue tratado de un modo diferente; así, en el Código de 1822, el delito de sodomía no fue sancionado, siguiendo en ello al Código Napoleónico de 1810, que fue el primero en eliminar el delito.

Por su parte, el Código Penal español de 1848/50 dejó a la sodomía consentida al margen de toda sanción. En dicho Código, si bien se consideraban hipótesis de acceso carnal entre varones, sólo constituían delito en la medida que concurriera alguna de las circunstancias tales como fuerza o intimidación, situación prevista en el delito de abusos deshonestos. Si, en cambio, el acceso se lograba mediante seducción o engaño, la acción recibía

---

<sup>248</sup> ARANCIBIA, op. cit., p. 26.

castigo a título de estupro. Cualquier otro caso corresponde al confesionario y de ninguna suerte al foro<sup>249</sup>.

Esto último resulta relevante, ya que el Código Penal español de 1848 es fuente material del Código Penal chileno de 1875, esto porque, pese a que la Comisión recibió por mandato oficial la orden de trabajar sobre la base del Código Belga de 1867, finalmente los comisionados decidieron<sup>250</sup> trabajar sobre la base del Código español de 1848<sup>251</sup>. Esto, sin perjuicio que el Código belga sirviera, también, de fuente a nuestro Código.

Así, en la sesión N° 71, y a propósito del trabajo encargado a don Osvaldo Rengifo, la Comisión comenzó a discutir acerca de la incorporación del delito de sodomía. Del acta de la sesión N° 71 se desprende que el delito de sodomía no estaba contemplado dentro del proyecto original: “Discutido el párrafo 6° que castiga “el estupro i la corrupción de menores”, se acordó modificar el epígrafe diciendo: “Del estupro, incesto, sodomía, de otros abusos deshonestos i la corrupción de menores”, en atención a que el concúbite de parientes dentro del grado prohibido tiene el nombre especial de incesto, i que

---

<sup>249</sup> PACHECO, J. F. 1849. El Código Penal concordado y comentado, Madrid, Imprenta de Santiago Saunague. t. III. p. 170.

<sup>250</sup> “Las razones que se tomaron en consideración fueron que el Código español era más completo, su división más lógica y estaba más en consonancia con las costumbres del pueblo chileno, constituyendo una verdadera reforma de la vieja legislación que aún regía en Chile, lo que no ocurría con el belga. A ello había que añadir la ventaja de contar con la obra de Joaquín Francisco Pacheco, quien no sólo había comentado el Código, sino que lo había comparado con precedentes españoles y seis de los Códigos más recientes de la época, lo que favorecía el conocimiento de la materia”. IÑESTA, op. cit., p. 306.

<sup>251</sup> *Ibíd.*, p. 305.

convenía incluir en este párrafo, por su analogía con las otras materias de que trata, los abusos deshonestos i la sodomía, no mencionada en el proyecto original”<sup>252</sup>. Al parecer, alertados por esta omisión, los comisionados decidieron iniciar la discusión respecto de la inclusión del tipo penal de la sodomía.

En medio de dicha discusión –que culminó con su penalización– la Comisión discutió los términos en los que debería entenderse la voz sodomía. Fue así como los comisionados se preguntaron si debía también sancionarse el delito de bestialidad, hipótesis que el derecho común había considerado dentro del concepto de sodomía y que el derecho español, por su parte, había sancionado como delito autónomo.

En el acta de la sesión consta que: “Se suscitó dudas sobre si debía o no pensarse el delito de bestialidad, i el señor Ibáñez manifestó que en su concepto convenía no tomarlo en cuenta en el presente Código, tanto por la rareza de su perpetración, cuando no hay peligro de que se extienda su contagio y llegue a ser una plaga para la sociedad como sucedía con la sodomía”<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> Acta de la sesión 71 de 10 de abril de 1872. En: RIVACOBBA, M. de. 1874. Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal Chileno. Valparaíso, Edeval. p. 385.

<sup>253</sup> *Ibíd.*, p. 386.

La estimada rareza del delito de bestialidad<sup>254</sup> fue lo que llevó a la Comisión a tomar la decisión de no sancionarlo, mientras que el delito de sodomía (homosexualidad masculina) fue considerado como una conducta más frecuente y, por tanto, potencialmente “contagiosa”, capaz de extenderse en la sociedad. Por ello –y en afán preventivo– la Comisión decidió consagrar el delito de sodomía, entendido como el concúbito entre varones<sup>255</sup>.

Dado que el Código español de 1848 –fuente material de nuestro código y modelo de la regulación práctica– omitió la sanción de la sodomía, hubo quienes como Alejandro Fuensalida plantearon que los codificadores nacionales incorporaron la disposición en comento inspirados en el artículo 113 del Código Penal General Austríaco<sup>256</sup>, que en el Número 1° castigaba el atentado *contra natura*<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Fuensalida comenta: “Estos gravísimos pecados –bestialidad y sodomía–, en efecto se verifican, privadamente, sin escándalo de terceros, sin violación de un derecho, sin alarma ni daño social punible, i para perseguirlos es menester penetrar en la vida íntima de las personas i descorder el velo que cubre esas miserias humanas, causando escándalo y daño verdadero. Por estas causas la bestialidad ha sido borrada aun del Código Penal de esta nación chilena que tanto se distingue por su carácter conservador”. FUENSALIDA, A. 1883. Concordancias i comentarios del Código Penal Chileno. Lima, Imprenta comercial, v. III. p. 41

<sup>255</sup> En este mismo sentido Eduardo Novoa señala: “[I]a homosexualidad no solamente degenera al individuo, como ser apto a una normal multiplicación física, desarrollo psíquico y progreso espiritual, sino que tiene una reconocida potencialidad de difusión y contagio que pone en peligro, no solamente el interés individual de los que la sufren, sino el principal derecho de la sociedad a su propia conservación, que es bien jurídico digno de mayor estima”. NOVOA, E. 1948. Sodomía y abusos deshonestos. Revista de Ciencias Penales 10 (1): pp. 68-73. p. 72.

<sup>256</sup> “Art. 113. Serán castigados como delito las siguientes especies de atentados al pudor:

1° El delito contra naturaleza”.

<sup>257</sup> FUENSALIDA, op. cit., p. 40.

Otros, como Arancibia, sostienen que el delito de sodomía sancionado por el Código de 1875 tiene como fuente la legislación hispánica, que hasta ese momento seguía vigente en Chile, y que en su mayoría sancionaba la sodomía: “[a]l acuñar el tipo del artículo 365 lo hicieron pensando continuar el sistema establecido por las normas peninsulares que se aplicaban en ese momento. Parece más acertado pensar en una influencia de la realidad jurídica que vivían los comisionados, que en una problemática adopción de criterios sustanciales diversos”<sup>258</sup>.

Esta tesis parece más plausible en la medida que la independencia política no trajo consigo una sustitución inmediata del derecho hispano. El cambio político no significó la aparición de un derecho propio y original en cada uno de los nuevos países, por el contrario, en la gran mayoría continuaron vigentes las disposiciones hispánicas por un periodo considerable de tiempo<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> ARANCIBIA, op. cit., p. 42.

<sup>259</sup> Así, a la época de la independencia chilena “el derecho penal vigente en América estaba integrado, por un lado, por la Recopilación de las de India de 1680, que dedica el libro VII – compuesto de ocho títulos – a los delitos y las penas. Contiene una mezcla de Derecho Penal sustantivo y procesal, de normas relativas a la organización de los tribunales y Derecho Penitenciario. [...] Como supletorio se aplicaría todo el Derecho de Castilla, el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas de Castilla, las leyes de Toro, La Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación. Pero, en la práctica, y ante la insuficiencia de la legislación penal de la Recopilación Indiana, se aplicó fundamentalmente el Derecho Penal contenido en la Nueva Recopilación, con su agregado de autos, y sobre todo las Partidas, que contaban con el único cuerpo penal sistemático de la legislación castellana: la Séptima Partida”. IÑESTA, op. cit., p. 297.

Recién entre 1810 y 1874 comienzan a dictarse las primeras leyes relativas al ámbito penal, las cuales estaban destinadas en su mayoría a suplir las deficiencias de la legislación hispánica y a adaptar la regulación penal a la idiosincrasia nacional. Sin embargo, en todo aquello en donde la ley chilena no se pronunció siguieron vigentes las disposiciones hispánicas.

La legislación hispánica permaneció vigente por mucho tiempo más, transformándose en el contexto no sólo histórico, sino que también contingente en el que la Comisión redactora inició sus trabajos, luego de haber sido nombrada el 17 de enero de 1870.

#### **4.2 El artículo 365 en el Código Penal de 1875**

Una vez aprobado el Código, el delito de sodomía quedó ubicado en el artículo 365, cuya redacción resultó ser la siguiente:

“Art. 365. El que se hiciere reo de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio”.

Producto de lo breve de la redacción y la falta de descripción de la acción típica, el primer problema con que se encontró la doctrina fue precisamente determinar la acción que el Código entendía como sodomía. Por medio del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la norma era posible

descartar la práctica sexual con animales (delito de bestialismo) como conducta subsumible en el concepto de sodomía.

La discusión respecto a la tipificación del delito apoya la conclusión que la conducta sancionada sería el concúbito entre varones, puesto que, como vimos, al referirse al delito de bestialismo, la opinión mayoritaria estuvo por no sancionarlo, considerando que no tenía el mismo “poder de contagio” que la sodomía<sup>260</sup>, entendida como la relación homosexual entre varones.

#### **4.2.1 Bien jurídico protegido**

“El bien jurídico protegido fundamentalmente es la sociedad por los peligros sociales que esa perversión encierra”<sup>261</sup>.

Garrido Montt señala que “esta figura no encuentra justificación como atentado a la libertad sexual; en nuestro medio se estableció históricamente como límite a dicha libertad, porque sería una modalidad del ejercicio de la sexualidad constitutiva de un peligro social”<sup>262</sup>.

A este respecto, parece ser compartido por la doctrina que el bien jurídico protegido es la moral social sexual, con lo que se “pretendió amparar

---

<sup>260</sup> ETCHEBERRY (1965), op. cit., p. 255.

<sup>261</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, op. cit., p. 23.

<sup>262</sup> GARRIDO, op. cit., p. 429.

una determinada concepción moral sobre el ejercicio de las facultades de índole sexual, en el cual la realización de actos sodomíticos (homosexuales) ejecutados por adultos en forma consentida, y aun en privado, resultan intolerables”<sup>263</sup>.

En general la doctrina es conteste en considerar que el bien jurídico en el delito de sodomía del artículo 365 del Código Penal atiende a un interés social, ya sea de integridad moral o de resguardo de la moral social sexual a través de la sanción penal.

#### **4.2.2 Acción típica**

Como se dijo, el Código no definía la acción y tampoco explicitaba en qué consistía. “La palabra sodomía tiene un significado científico y otro vulgar. En su significación científica es la relación sexual con animales, hecho conocido con el nombre de bestialidad y que la ley no sancionó específicamente. La Comisión redactora dejó constancia (sesión 71) de que no convenía sancionar la bestialidad, ‘tanto por la rareza de su perpetración, cuanto porque no hay peligro de que se extienda su contagio y llegue a ser una plaga en la sociedad’. Por eso mismo, sólo quedará sujeta a la sanción cuando se realice con

---

<sup>263</sup> Loc. cit.

escándalo, pues en tal evento constituirá el delito de ultrajes públicos a las buenas costumbres que contempla el art. 373. Vulgarmente se entiende por sodomía el concúbiteo entre personas del mismo sexo (homosexualidad); pero nuestra jurisprudencia ha restringido el alcance del término, aplicándolo únicamente al coito entre varones, aberración sexual impropriamente denominada pederastia<sup>264</sup>.

Etcheberry coincide con lo que Labatut llama el alcance “jurisprudencial”, entendiendo que con sodomía se refiere a la práctica homosexual entre varones. La homosexualidad femenina es llamada “lesbianismo”, por lo tanto, no se incluiría dentro del concepto de sodomía<sup>265</sup>.

La referencia a la homosexualidad femenina realizada por Etcheberry resulta particularmente relevante puesto que, junto con concluir que sodomía se refiere a la práctica del coito anal entre varones, además señala de forma expresa que la práctica homosexual femenina no es clasificable como sodomía, con lo cual se excluye a las mujeres como sujetos del delito del artículo 365 del Código Penal.

---

<sup>264</sup> LABATUT, op. cit., p. 205.

<sup>265</sup> “La expresión sodomía puede ser tomada en alguno de los siguientes sentidos: 1. Prácticas homosexuales entre varones. Es el sentido más tradicional y antiguo, y alude precisamente al vicio de Sodoma según el relato bíblico; 2. Práctica de coito anal, sea entre varones, sea de varón con mujer; 3. Prácticas sexuales entre individuos humanos y animales (bestialidad), y 4. Prácticas sexuales varias, que no lleguen al coito, entre personas del mismo o de distinto sexo (masturbación, *fellatio in ore*, etc.) No es correcto afirmar que el tercer sentido sea el que “científicamente” corresponde al término, pues la verdad es que más corrientemente se emplea en el primer sentido, que coincide con la acepción que el uso general del término le da. (ETCHEBERRY (1965), op. cit., p. 70).

Para este autor, la exclusión de la mujer como sujeto del delito de sodomía es más bien “por razones semánticas”: “descartaremos la homosexualidad femenina, conocida como lesbianismo, y no como sodomía”<sup>266</sup>.

Si el análisis del objeto de protección jurídica nos lleva a concluir que el legislador tuvo la intención de proteger a la sociedad del peligro de contagio de la sodomía, considerando que esta conducta corrompía moralmente a los individuos o, en otras palabras, que el objeto de protección es la integridad moral de la sociedad en su conjunto, resulta necesario preguntarse ¿por qué el legislador estableció como conducta sancionable el coito anal? ¿y por qué sólo se sanciona dicha conducta cuando es ejecutada entre varones y no cuando es realizada por una pareja heterosexual?

Por otra parte, si el bien jurídico protegido es la tutela moral de la sociedad, el legislador sólo reconoció el poder “degenerativo” de la práctica homosexual en la conducta de los varones, no así en la práctica homosexual femenina. En el caso del lesbianismo, también denominado tribadismo, el legislador excluyó esta práctica del catálogo de conductas sancionables.

Respecto a los sujetos, Bascuñán Valdés considera que sólo son sujetos del delito de sodomía los varones, porque “concibiendo el delito de sodomía como un atentado a la sociedad y no a la libertad sexual individual, nos inclinamos a pensar que el tribadismo, como los actos contra natura entre un

---

<sup>266</sup> Loc. cit.

hombre y una mujer, no queda comprendido dentro de este delito; sea por su menos frecuencia o por menor peligro de que se extienda su contagio y llegue a ser una plaga en la sociedad”<sup>267</sup>.

Queda así en evidencia el menor “poder degenerativo” que se le atribuye a la práctica homosexual de las mujeres, tanto así que no resulta necesario reprimir dicha conducta.

En el caso de los delitos de violación y estupro, el legislador toma en cuenta la potencial lesión a la autodeterminación reproductiva de la mujer para considerar el mayor desvalor de la acción consistente en el coito. Algo similar sucede con el adulterio, en donde el legislador parece atender a la posibilidad de introducción de prole ilegítima, mientras que en el incesto algunos señalan una razón eugenésica. No obstante, el hecho que estas razones puedan resultar criticables, al menos como motivo, y en el contexto de la moral social sexual imperante, resultan atendibles. Sin embargo, estas consideraciones no resultan trasladables sin más a la discusión acerca del bien jurídico protegido mediante la penalización de la sodomía.

En este sentido, resulta cuestionable la elección legislativa del coito anal entre varones al momento de tipificar el delito de sodomía. Tal como lo expone Bascuñán Valdés, “si el delito de sodomía se integrara con fuerza, intimidación, etc., si se exigiera una víctima, podría tener importancia tal distinción, siendo

---

<sup>267</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, op. cit., pp. 23 y 24.

más grave el atentado por medio del acceso carnal que, por ejemplo, mediante mutua masturbación o cualquier otro acto homosexual. Pero, al no requerir la ley estos elementos, no vemos la razón de la exigencia del coito anal propiamente tal<sup>268</sup>. ¿Cuál es, entonces, la razón para la exigencia del acceso carnal? Visto desde el punto de vista del bien jurídico protegido, “el efecto degenerativo y el perjuicio social es prácticamente igual en numerosos actos homosexuales aunque no se realice el coito”<sup>269</sup>, nos dice Bascuñán Valdés.

Si bien existen argumentos de política criminal que aconsejan sancionar sólo el coito, puesto que el delito no atenta contra la libertad sexual del(los) individuos, de modo que la conducta sancionada debe restringirse a aquella que represente un mayor desvalor o gravedad, aún así subsiste la duda de por qué el coito y no la caricia homosexual –que pudiere constituir una incitación a realizar esta conducta “degenerativa”– recibe mayor protección.

#### **4.3 El delito de “violación sodomítica”**

Como lo explicamos anteriormente, la conducta punible se configuraba con el acceso carnal entre varones, sin que se exigiera como requisito el uso de

---

<sup>268</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>269</sup> *Ibíd.*, p. 23.

fuerza, intimidación, etc. El acceso carnal ejecutado sobre un varón con fuerza o intimidación o estando la víctima privada de razón o sentido no era sancionado por ninguna de las hipótesis delictivas del Título VII, esto porque tanto la violación como el estupro estaban tipificados en términos tales que sólo la mujer podía ser accedida carnalmente bajo circunstancias que hacían que el acceso carnal resultara sancionado, no así el varón, quien no podía ser sujeto pasivo de estas acciones.

En el caso de la mujer que era accedida por una vía distinta de la vaginal, la opinión mayoritaria apuntaba a tipificar esta acción como constitutiva del delito de abusos deshonestos, considerando esta figura como residual, en la medida que bajo esta tipificación se sancionaba cualquier conducta distinta del acceso carnal por vía vaginal.

Con el tiempo “comenzó a hacerse patente el que resultaba imposible no sancionar de igual manera que en la violación los casos de penetración forzada que se ejecutaban respecto de personas de sexo masculino, particularmente cuando eran menores de edad. Aparece la conciencia que la libertad de esa persona es casi tanto o más importante que el hecho que los demás sepan que fue objeto de un acto sexual, que es en el fondo, lo que ampara la mayor penalidad de la violación y justifica la distinción”<sup>270</sup>.

---

<sup>270</sup> MALDONADO, op. cit., p. 235.

Es en este contexto que surge el inciso segundo del artículo 365, que sanciona el caso de penetración forzada a un varón por parte de otro varón con una pena idéntica a la del delito de violación, con lo que se denota el interés del legislador de otorgar protección –también– al varón que es objeto de una conducta homologable a la violación.

El inciso segundo del artículo 365 fue redactado en los siguientes términos:

“Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio al que cometiera el delito (sodomía) concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

1º Cuando se use fuerza o intimidación sobre la víctima,

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

Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo si el ofendido fuera menor de catorce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números del inciso anterior”<sup>271</sup>.

---

<sup>271</sup> Inciso introducido por el DL N° 2967 de 11 de diciembre de 1979.

### 4.3.1 Acción típica

A diferencia de la sodomía simple, el inciso segundo –denominado violación sodomítica–, requería la ausencia de voluntad en la vinculación carnal de parte de uno de los intervinientes. “Se requiere de un sujeto activo y de una víctima, esta última es obligada al concubito, o lo sufre a consecuencia de estar sin conciencia o se encuentra en la imposibilidad de disponer de su sexualidad (menor impúber)”<sup>272</sup>.

Respecto al tipo objetivo, nos dice Garrido, “deben concurrir las mismas circunstancias que se indicaron en el delito de violación, con la diferencia de que la menor edad en la sodomía es catorce años y no doce, porque se hace referencia a un hombre, que es el sujeto pasivo necesario en este delito, a diferencia de la violación, donde es una mujer cuya pubertad es más temprana, se comienza a los doce años.

Por lo tanto, en cuanto a alcance de las modalidades requeridas se da por repetido lo que se señaló al estudiar el delito de violación”<sup>273</sup>.

De lo anterior resulta relevante destacar dos datos, el primero, que la doctrina distinguió inmediatamente el bien jurídico protegido a propósito de la

---

<sup>272</sup> GARRIDO, op. cit., p. 313.

<sup>273</sup> Loc. cit.

sodomía simple de aquél protegido a propósito de la violación sodomítica, declarando que respecto a ésta, corresponde que se sancione en tanto lesión a la libertad sexual del hombre.

Luego, también resulta relevante considerar que el tipo penal fue asimilado a la violación, no obstante el hecho que la doctrina mantuvo su opinión en relación con el acceso carnal por vía anal a la mujer, el cual continuaba siendo considerado una hipótesis de abuso deshonesto.

Sancionar la penetración anal forzada en una disposición distinta a la del delito de violación generó “diferencias en el tratamiento normativo, toda vez que la penetración anal de una mujer sigue (seguía) siendo considerada como un abuso deshonesto. Levantando así, como objeto de protección solamente una parte del cuerpo masculino y olvidando esa misma parte del cuerpo femenino”<sup>274</sup>.

Cabe preguntarse por qué una conducta que es perfectamente homologable a la violación fue tipificada a continuación de la sodomía, cuando lo lógico habría sido modificar el tipo penal de la violación a modo de incluir en él al hombre. La respuesta pareciera ser que mientras la violación constituía una lesión a la honestidad sexual de la mujer, la violación sodomítica constituía genuinamente una lesión a la autonomía sexual del hombre.

---

<sup>274</sup> MALDONADO, op. cit., p. 235.

## **4.4 La criminalización de la sodomía en la reformulación del artículo 365 del Código Penal**

### **4.4.1 Antecedentes legislativos**

El proyecto de Ley N° 19.617 modificó el artículo 365 del Código Penal de 1875, que sancionaba los otrora llamados delitos de “sodomía simple” (inciso primero) y “violación sodomítica” (incisos segundo y tercero).

Originalmente el proyecto de Ley N° 19.617 solamente buscaba derogar los incisos segundo y tercero de este artículo, incluyendo dichas figuras en la nueva redacción del artículo 361 del Código Penal, a modo que la violación comprendiera tanto la hipótesis donde la víctima era una mujer, como aquella donde se trataba de un hombre<sup>275</sup>, reconociendo con ello al varón la calidad de sujeto pasivo de este delito<sup>276</sup>.

En lo que respecta al inciso primero de este artículo, que castigaba la llamada “sodomía simple”, esto es, “el coito entre varones adultos capaces que

---

<sup>275</sup> Historia de la Ley N° 19.617, op. cit., p. 9.

<sup>276</sup> RODRÍGUEZ (2015), op. cit., p. 27.

voluntariamente tienen relaciones homosexuales”<sup>277</sup>, éste fue objeto de diversas indicaciones, optando la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados –por mayoría de votos– por suprimir la disposición y establecer en su reemplazo “una disposición nueva que sanciona al adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, con una penalidad de presidio menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años)”<sup>278</sup>.

El Senado, por su parte, optó por mantener el inciso primero del artículo, sin modificaciones<sup>279</sup>, pero reemplazó sus incisos segundo y tercero por otro que subsanaba los problemas de concurso ideal que podían presentarse entre los delitos de sodomía y violación, y entre el primero de éstos y el de estupro, estableciendo que se aplicarían solamente las penas de estos últimos (violación y estupro), impidiendo con ello la aplicación de las penas agravadas<sup>280</sup>.

Con todo, y ante el desacuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional, puesta en votación la proposición de la Cámara de Diputados en el

---

<sup>277</sup> Loc. cit.

<sup>278</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>279</sup> *Ibíd.*, p. 262.

<sup>280</sup> *Ibíd.*, p. 263.

seno de la Comisión Mixta, dicha proposición resultó aprobada por cinco votos contra dos”<sup>281</sup>.

La nueva disposición por la que se reemplazó finalmente el inciso primero del artículo 365 sufrió tres modificaciones adicionales previas al trámite de finalización, producto de las indicaciones presentadas por los parlamentarios:

1) Se acogió por unanimidad una indicación de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados que suprime de su texto la palabra “adulto”, “con el fin de configurar el tipo sin más exigencias respecto del sujeto activo que las dimanantes de que sea una persona humana”<sup>282</sup>;

2) La Comisión Mixta sustituyó –también por unanimidad– la expresión “tener relaciones sexuales”, contenida en el texto propuesto por la Cámara de Diputados, por la de “acceder carnalmente”, “para guardar concordancia con las normas ya aprobadas en materia de violación y estupro, y, en general, con el contexto del proyecto, en que la alternativa es el acceso carnal u otra acción

---

<sup>281</sup> *Ibíd.*, p. 646.

<sup>282</sup> Historia de la Ley N° 19.617, *op. cit.*, p. 121.

sexual”<sup>283</sup>, y también para dejar en claro que el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón<sup>284</sup>;

3) La Comisión Mixta suprimió unánimemente del texto de la Cámara de Diputados la mención al delito de abusos sexuales, toda vez que el delito de sodomía de un varón menor de 18 años presupone el acceso carnal y, como este último “se encuentra descrito y penado en los delitos de violación y estupro, se aplicarán estas últimas figuras con preferencia a la del abuso sexual”<sup>285</sup>.

De esta forma, el N° 10 del artículo 1° de la Ley N° 19.617 dispuso el reemplazo del antiguo artículo 365 del Código Penal, por otro del siguiente tenor:

“Artículo 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”<sup>286</sup>.

Con ello, la sodomía de un varón menor de 18 años pasa también a constituirse en una figura de acceso carnal<sup>287</sup>, sin que medien las modalidades

---

<sup>283</sup> *Ibíd.*, p. 647

<sup>284</sup> *Loc. cit.*

<sup>285</sup> *Loc. cit.*

<sup>286</sup> *Ibíd.*, p. 812.

<sup>287</sup> MALDONADO, *op. cit.*, p. 245.

de abuso consagradas en los numerales de los artículos 361 y 363 del Código Penal.

#### **4.4.2 Análisis doctrinal del artículo 365**

Para el profesor Rodríguez Collao, habría sido de esperar que esta reforma del año 1999 derogara el artículo 365 del Código Penal, pero, como vemos, el legislador penal “optó por seguir castigando algunas formas de *relacionamiento* homosexual masculino”<sup>288</sup>, aunque en términos más restringidos que los contemplados en la redacción originaria de aquella norma<sup>289</sup>.

##### **4.4.2.1 Conducta típica**

“La conducta aparece descrita como *acceder carnalmente*, locución a la que cabe atribuir el mismo significado que tiene respecto de los delitos de violación y estupro<sup>290</sup>”.

---

<sup>288</sup> RODRÍGUEZ (2016), op. cit., p. 27.

<sup>289</sup> Con anterioridad, la sodomía simple castigaba –según la elaboración doctrinal y jurisprudencial– el acceso carnal mutuamente consentido entre varones, inclusive entre adultos.

<sup>290</sup> RODRÍGUEZ (2016), op. cit., p. 332.

Hay autores, como Rodríguez Collao, que entienden que debido a que “el tipo exige que el hechor y la víctima sean personas del mismo sexo, y no siendo posible (por la naturaleza de las cosas) que aquella conducta sea ejecutada por una mujer, es suficientemente claro que lo que aquí se sanciona es el acceso carnal de un hombre a otro hombre”<sup>291</sup>.

La afirmación anterior se construye sobre una –tal vez no tan fundada– vinculación entre la caracterización del delito de violación como delito de “propia mano” y la respuesta negativa a la pregunta de si la mujer puede ser autora (directa) del delito de violación<sup>292</sup>. Esta pretendida conexión conceptual resulta cuestionable por dos vías diferentes.

Por un lado, que la violación sea un delito de propia mano no implica que la acción sometida a prohibición necesariamente tuviere que ser identificada con una acción de penetración. En efecto, que el argumento a favor de esa caracterización de la violación sea de índole lógico-gramatical precisamente lleva a que tal caracterización se sostenga con relativa independencia de cuál sea la mejor interpretación de la expresión “acceder carnalmente”. “Así por ejemplo, la tesis defendida por Garrido, según quien tal expresión ‘no limita la acción a la penetración del órgano viril mediante una conducta activa del varón, sino que la extiende –entre otros casos– a la de una mujer que introduce ella

---

<sup>291</sup> *Ibíd.*, pp. 332 y 333.

<sup>292</sup> MAÑALICH (2014), *op. cit.*, p. 48.

misma el referido órgano a su vagina, ano o boca', es igualmente compatible con la comprensión como un delito de propia mano. Pues bajo esa misma propuesta interpretativa, la acción constitutiva de acceso carnal sigue siendo ejecutivamente 'auto-involucrante'<sup>293</sup>.

Luego, incluso si la caracterización de éste como un delito de propia mano es combinada con la interpretación de la descripción "acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal" "como especificando un tipo de acción consistente en la penetración de alguna de esas tres cavidades corporales ya mencionadas, de ello no se sigue [como infiere la doctrina chilena mayoritaria] que sólo un hombre pudiera ser autor (directo) de un delito de violación"<sup>294</sup>.

"Pues con arreglo a esa misma interpretación, para que una persona esté en situación de poder acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a otra basta con que la primera sea, en el momento relevante, 'falo-portadora'. Y conceptualmente al menos, no cabe descartar la posibilidad de que una persona cuyo organismo exhiba alguna variante específica de intersexualidad – otrora calificada como 'hermafroditismo'– hubiera de ser clasificada, bajo una taxonomía comprometida con la tesis de la sexualidad binaria, como un individuo de sexo femenino, no obstante 'estar dotado' de un órgano genital

---

<sup>293</sup> *Ibíd.*, pp. 48 y 49.

<sup>294</sup> *Ibíd.*, p. 50.

masculino. En la medida en que esa persona llegue a estar en posición de penetrar a otra por vía vaginal, anal o bucal, ella ciertamente podrá ser autora de un delito de violación”<sup>295</sup>.

Conforme a lo anterior, es posible sostener que no necesariamente la acción tipificada por el artículo 365 es el acceso carnal entre dos varones, puesto que también existe la posibilidad dentro de “la naturaleza de las cosas” que una mujer pudiere estar dotada de órgano viril.

Sin embargo, más allá de esta posibilidad, tal vez lo más relevante sea destacar la preponderancia que la actividad sexual penetrativa tiene para el legislador.

Con todo, y como ya dejamos entrever, no es éste el parecer de la doctrina chilena mayoritaria, para la cual, por el contrario, el acceso carnal sólo puede ser ejecutado por un hombre<sup>296</sup>, con lo que el delito de sodomía de un varón menor de 18 años sancionaría únicamente la conducta sexual consistente en el acceso carnal de un varón a otro<sup>297</sup> quedando, por extensión, excluido del campo de aplicación de esta norma el lesbianismo<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> *Ibíd.*, p. 50.

<sup>296</sup> Por razones anatómicas sólo los hombres disponen de un órgano genital capaz de penetrar el ano o la boca de un modo constitutivo de acción sexual “especialmente grave”. Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2007), *op. cit.*, p. 34.

<sup>297</sup> RODRÍGUEZ (2016), *op. cit.*, p. 251.

<sup>298</sup> En este sentido, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 282.

Ahora bien, la mención explícita a la no inclusión del lesbianismo en el tipo penal del artículo 365 parece innecesaria si se atiende a “la conexión que, cabe reconocer, entre el estatus de la violación como delito de objetualización, por un lado, y la tradicional insistencia regulativa en su configuración como un ‘delito de penetración’, por otro. Esta conexión es, no obstante, contingente, en el sentido de que ella sólo es reconocible en atención a un determinado marco de significación sociocultural. Pues como ellos mismos observan [Gardner y Shute]:

El especial simbolismo de la violación penetrativa está asociado muy de cerca, en nuestra cultura, con el especial simbolismo de la actividad sexual penetrativa. Ese último simbolismo quizá esté sobre-romantizado. [...] Pero sea como sea, el hecho de que el sexo penetrativo sea considerado como teniendo esa significación efectivamente le confiere esa significación, por la vía de modificar su significado social. El significado social de la subversión del sexo penetrativo –su subversión en la violación– tiende a reflejar el significado social del sexo penetrativo. Si este último es visto como la perfección de relaciones de sujeto-a-sujeto –a través del entrelazamiento más completo y literal de sí mismos–, entonces el primero puede bien llegar a representar el paradigma de relaciones de sujeto-a-objeto”<sup>299</sup>.

---

<sup>299</sup> MAÑALICH (2014), op. cit., pp. 44 y 45.

Tal clarificación “semántica” del estatus de la violación en tanto “delito de penetración”<sup>300</sup> permite comprender que “una acción que satisface una descripción construida sobre la forma verbal ‘acceder carnalmente’ es una acción cuya ejecución es necesariamente ‘autoinvolucrante’, esto es, cuya ejecución necesariamente conlleve una alteración de la situación en la cual se encuentra el propio agente”<sup>301</sup>.

Luego, las mujeres en tanto mujeres, en una taxonomía comprometida con la tesis de la sexualidad binaria –por la “naturaleza de las cosas” dirá Rodríguez Collao–, carecen de la aptitud para penetrar a otro. En consecuencia, el lesbianismo es excluido de la hipótesis del artículo 365, desde el momento en que la acción típica se describe como “acceder carnalmente”.

En lo que dice relación con las cavidades que pueden ser objeto de la penetración en la que se materializa el “acceso carnal” previsto por el artículo 365 del Código Penal, las consideraciones anteriores nos llevan a excluir la vía vaginal<sup>302</sup>, subsistiendo, entonces, las otras dos formas que adopta esta conducta en el sistema de los delitos contra la indemnidad sexual: la penetración anal y la penetración bucal.

---

<sup>300</sup> *Ibíd.*, p. 45.

<sup>301</sup> *Ibíd.*, pp. 45 y 46.

<sup>302</sup> Pues si –en opinión de la doctrina ampliamente mayoritaria– sólo un hombre puede realizar la acción sexual consistente en el acceso carnal, y si el menor que es accedido, según lo dispuesto en el artículo 365 del Código Penal, ha de compartir el mismo sexo de quien lo accede carnalmente, entonces no podemos sino concluir que tanto sujeto activo como pasivo han de ser de sexo masculino.

Para Rodríguez Collao, el acceso carnal al que alude esta figura es únicamente aquél que se realiza por vía anal<sup>303</sup>, fundando esta conclusión en las siguientes dos premisas:

Primero, que otros delitos contra la indemnidad sexual, como la violación y el estupro, especifican en su redacción las cavidades que han de ser objeto de penetración, de lo que infiere que si el tipo de sodomía de varón menor de 18 años no hace lo mismo es porque el legislador penal quiso restringir el delito<sup>304</sup>, esto es, excluir alguna(s) de las mencionadas cavidades; y

Segundo, que –en su opinión– las prácticas de sexo oral en estricto rigor no constituyen penetración, a menos que expresamente se les dé ese carácter en virtud de una ficción, como lo hacen los artículos 361 y 363 del Código Penal<sup>305</sup>.

En relación con la redacción originaria del Código Penal de 1875, esta postura restrictiva –en el sentido de excluir la vía bucal (y la anal) como cavidad susceptible de ser penetrada– era dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina<sup>306</sup>, aunque en dicho entonces estaba referida a la acción constitutiva

---

<sup>303</sup> RODRÍGUEZ (2016), op. cit., p. 251.

<sup>304</sup> Loc. cit.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>306</sup> La postura minoritaria sostenía que también la penetración anal y la penetración oral (*fellatio*), debían ser consideradas como conductas constitutivas de yacer (BASCUNÁN RODRÍGUEZ (2000), op. cit., p. 32 [Comp.]

de violación, descrita con la fórmula “yaciendo con la mujer”<sup>307</sup>. En opinión de Bascuñán, dicha interpretación restrictiva del precepto era correcta, toda vez que “la selección de la mujer como único objeto personal de la acción sólo se justificaba en función de requerir la especificidad anatómica genital femenina para la realización de la acción típica”<sup>308</sup>, esto es, la cavidad vaginal.

La jurisprudencia, sin embargo, no lo ha entendido de esta forma, concluyendo que el tipo penal del artículo 365 del Código Penal sanciona el acceso carnal del menor por vía anal o bucal<sup>309</sup>, toda vez que entiende el verbo rector “acceder carnalmente” como comprensivo de las vías vaginal, anal y bucal. Sólo por citar un ejemplo reproducimos en lo pertinente la siguiente sentencia:

“En efecto, los arts. 361, 362, 363 y 365, de ese cuerpo legal, están contruidos en torno al verbo rector “acceder carnalmente”. Según el Diccionario de la Real Academia, “acceder” significa, en su acepción pertinente, “entrar en un lugar o pasar a él”, y “carnalmente” quiere decir “con carnalidad”, término este último que, a su vez, significa “vicio y deleite de la carne”, y “carnal” tiene el significado de “lascivo o lujurioso”, “perteneciente o relativo a la lujuria”. El acceso carnal previsto por las citadas normas legales, debe hacerse

---

<sup>307</sup> Por yacer se entendía la realización de una acción de significación sexual consistente en la penetración genital, esto es, en la introducción del genital masculino en alguna cavidad corporal. (Loc. cit.).

<sup>308</sup> Loc. cit.

<sup>309</sup> En el mismo sentido, GARRIDO, op. cit., p. 354.

“por vía vaginal, anal o bucal”, por lo que cabe entender la conducta típica en examen como la “introducción del miembro masculino en la vagina, ano o boca de la víctima”<sup>310</sup>.

El tipo penal en análisis exige, asimismo, que el acceso carnal se realice sin que medien las circunstancias de los delitos de violación –fuerza o intimidación; privación de sentido de la víctima o aprovechamiento de su incapacidad para oponerse; y abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima– o estupro –abuso de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno; abuso de una relación de dependencia de ésta o del grave desamparo en que ésta se encuentra; y engaño, abusando de la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima– pues de lo contrario, estaremos frente a un atentado sancionable bajo dichos títulos<sup>311</sup>.

#### **4.4.2.2 Bien jurídico protegido**

Como vimos, de acuerdo al punto de vista de la doctrina actualmente mayoritaria, el Código Penal recurre a dos estándares o criterios de protección

---

<sup>310</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 05 de julio de 2004, Rol N° 9686-2003.

<sup>311</sup> GARRIDO, op. cit., p. 355.

distintos a la hora de regular los atentados sexuales que tienen como víctimas a menores de edad, en lo que el Mañalich ha denominado el “esquema dualista”: “conforme a un estándar, se prohíbe *prima facie* absolutamente –esto es, sin sujetar la prohibición a la concurrencia de medios comisivos especificados o circunstancias especiales– la realización de acciones sexuales y la interacción de significación sexual con menores impúberes, es decir, personas menores de 14 años”<sup>312</sup>, mientras que conforme al otro, “se prohíbe el uso de ciertos medios o el aprovechamiento de ciertas circunstancias con ocasión de la realización de acciones sexuales y la interacción de significación sexual con menores púberes, es decir, personas menores de 18 pero mayores de 14 años. Se trata de casos de abuso menos grave que los abusos punibles por regla general, que sólo resultan punibles como abuso sexual cuando recaen en menores de edad”<sup>313</sup>.

Aplicado este esquema a la disposición que es objeto de este estudio, tenemos que en ella habría de consagrarse el segundo estándar, toda vez que la norma regula la realización de una acción sexual específica –el acceso carnal– con varones menores de 18 años.

Con todo, si consideramos que el delito de estupro ya sanciona el acceso carnal a una persona menor de edad pero mayor de 14 años que se realiza utilizando ciertos medios especificados o aprovechándose de ciertas

---

<sup>312</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2011. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, ROL N° 1683–2010). Estudios Públicos (124): pp. 113-137. p. 119.

<sup>313</sup> Loc. cit.

circunstancias especiales, dable es concluir que el delito de sodomía de menor de 18 años cubre casos de acceso carnal realizado en una forma no abusiva<sup>314</sup>.

“La regulación de los atentados sexuales en el Código Penal –violación (Arts. 361, 362), estupro (Art. 363), abusos sexuales simples (Arts. 366 y 366 bis) y calificados (Art. 365 bis), interacción abusiva de significación sexual (Art. 366 quáter)– reconoce inequívocamente al menor púber un margen de autonomía dentro del cual su consentimiento tiene exactamente el mismo alcance que el de una persona adulta: excluye por completo la relevancia jurídico-penal de la acción de significación sexual realizada por él, con él o ante él. La razón de ello se encuentra en que la ley no asume que la abstinencia sexual hasta la mayoría de edad sea una condición necesaria para el desarrollo de la autonomía sexual.

Por el contrario, la ley asume que ese desarrollo puede tener lugar mediante la adquisición de experiencia sexual antes de la mayoría de edad, con tal que el menor no sea objeto de abuso en un sentido más amplio que el aplicable a los mayores de edad: el sentido que corresponde al segundo estándar de protección especial arriba mencionado.

La ley reconoce al menor de edad de género masculino este ámbito de autonomía para realizar toda clase de acciones de significación sexual con personas de género femenino y para realizar casi toda clase de acciones de

---

<sup>314</sup> *Ibíd.*, p. 120.

significación sexual con personas de género masculino, con tal que no consistan en ser él objeto de acceso carnal.

Sin embargo, la ley desconocería radicalmente la autonomía del menor púber, rebajándolo a la condición de impúber, cuando se trata de realizar una acción sexual específica, el coito anal en el rol pasivo”<sup>315</sup>.

Para Bascuñán –quien sigue un esquema dualista respecto a la autonomía sexual– [l]a prohibición del Art. 365 sólo es aplicable a mayores de 14 años. Si son menores de esa edad, el acceso carnal es constitutivo de violación conforme al Art. 362. Luego, la protección especial al menor púber requeriría consagrarse conforme al segundo estándar, es decir, sancionándose el acceso carnal obtenido mediante abuso menos grave. Pero el Art. 363 (estupro) ya sanciona el acceso carnal al menor de 18 años en esas circunstancias. El Art. 365 cubre, por lo tanto, casos de acceso carnal realizado sin esas modalidades de abuso. En consecuencia, según las coordenadas del propio Código Penal el acceso carnal descrito en el Art. 365 no merecería pena: no se lo realiza con un menor impúber ni se lo realiza abusivamente”<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> *Ibíd.*, p. 121.

<sup>316</sup> *Ibíd.*, p. 120.

#### **4.4.3 Excurso: La regla especial de los delitos sexuales del artículo 4º de la Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente como eximente de procesabilidad**

Con la promulgación de la Ley N° 20.084 de 07 de diciembre de 2005, que establece un sistema de responsabilidad penal para los jóvenes entre los 14 y 18 años de edad que cometan delitos, no podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, aún cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años, a menos que se verifique alguna de las siguientes hipótesis establecidas en su artículo 4º:

a) Que concurra(n) alguna(s) de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 del Código Penal;

b) Que –aun sin concurrir alguna(s) de las circunstancias anteriores– exista entre el sujeto activo y el pasivo una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.

Mañalich, partiendo del rechazo a la estrategia de individuación de las normas de comportamiento en base a una correspondencia singularizada o “uno-a-uno”, ya reseñada, sostiene que este obstáculo procesal sólo resulta aplicable ante la sospecha de quebrantamiento de la norma de comportamiento

que prohíbe la violación de menor impúber (“PVMI”), y no así frente a la sospecha de quebrantamiento de las normas de conducta que prohíben la violación “a secas” (“PV”) y el estupro (“PE”), prohibiciones –estas últimas– que precisamente concurrirán con “PVMI” cuando –como previene el artículo 4º de la Ley N° 20.084– la conducta, esto es, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, se hubiera realizado con la concurrencia de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 del Código Penal<sup>317</sup>.

“Pese a la ambigüedad de sus términos, es claro que la disposición se aplica cuando la víctima tiene menos de catorce años y su sentido es exigir que en tales casos exista una diferencia de edad de a lo menos dos años entre aquella y el autor, si la conducta encuadra en el delito de violación, o de a lo menos tres, si encuadra en el delito de abuso sexual directo, abuso sexual indirecto, sodomía y producción de material pornográfico infantil”<sup>318</sup>.

En lo que dice relación a la inclusión del artículo 365 del Código Penal dentro del espectro de aplicación de esta regla especial, mientras algunos autores sostienen –discutiblemente a nuestro parecer– que esta referencia es un error del legislador<sup>319</sup>, otros se inclinan por interpretar dicha alusión en el sentido que operaría por sí sola como una excusa legal absolutoria cuando el

---

<sup>317</sup> Que, como vimos, revestía la forma: “Prohibido: acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a X, si X es una persona (natural) menor de 14 años” (MAÑALICH (2014), op. cit., p. 57.)

<sup>318</sup> RODRÍGUEZ (2015), op. cit. p. 412.

<sup>319</sup> Así, cfr. BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2009. Curso de Derecho penal. 2ª ed. Santiago, Chile, Legal Publishing. t. III. p. 168.

acceso carnal tiene lugar entre varones púberes. Este sería el caso, por ejemplo, de una pareja de varones que mantiene relaciones sexuales, donde quien es mayor tiene menos de 18 años de edad, mientras que el menor lo es por menos de 3 años. Siguiendo esta última interpretación, el varón púber que realiza el acceso carnal, siendo mayor que su pareja (también púber), quedaría exento de punición penal por dicha conducta.

Sin embargo, para Rodríguez Collao, considerar al precepto citado como una excusa legal absolutoria carece de fundamento, puesto que en la redacción del artículo 4º de la Ley N° 20.084 no se hace alusión a que la exención de la pena esté vinculada a razones de conveniencia u oportunidad del castigo, cuestión que sería típica o propia de una formulación de excusa legal absolutoria<sup>320</sup>.

Para este autor, la explicación de la disposición en comento apunta a que cumpliéndose los requisitos previstos por ella, no se verificaría un delito. Esto porque para el legislador el fundamento de la tipificación de estos delitos se relaciona con la intensidad del ataque al bien jurídico y la magnitud del daño ocasionado por el comportamiento abusivo.

Así, en aquellos casos en que concurre(n) alguna(s) de las modalidades del artículo 361 ó 363, es evidente la gravedad del ataque y las consecuencias

---

<sup>320</sup> RODRÍGUEZ (2015), op. cit., p. 413.

dañinas de éste, lo mismo que si supera el rango de edad previsto para la exclusión de pena<sup>321</sup>.

Una interpretación que presenta mayor rendimiento práctico consiste en considerar que la mención que al artículo 365 hace el artículo 4º de la Ley N° 20.084 impide que subsista la posibilidad de perseguir penalmente –posibilidad ya excluida con la referencia al artículo 362–, esta vez a título de sodomía, la conducta consistente en el acceso carnal por vía anal a un menor de 14 años del mismo sexo del hechor, sin que medien las circunstancias del artículo 361.

En lo que dice relación con el resultado que se sigue de que este obstáculo procesal sólo resulte aplicable a menores púberes, consistente en que cuando –siguiendo el ejemplo anterior– el varón que –en el contexto de una relación amorosa, por ejemplo– accede carnalmente a otro menor púber de menor edad alcance la mayoría de edad, resultará imputable por el delito previsto y sancionado en el artículo 365 del Código Penal en condiciones de plena responsabilidad (pues la regla especial del artículo 4º de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente ya no le resultará aplicable, y el Código Penal no contempla otra semejante)<sup>322</sup>, no queda más que señalar que es inaceptable.

---

<sup>321</sup> Loc. cit.

<sup>322</sup> Informe en derecho acerca de la inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, op. cit., p. 17.

En efecto, no resulta lógico ni proporcional eximir de procesabilidad penal (y con ello de castigo) el acceso carnal practicado respecto de una persona menor de 14 años, y no así idéntica conducta practicada respecto de una persona que supera dicho rango etario (aunque sin alcanzar los 18 años de edad), por la sola consideración de la mayoría de edad de quien realiza dicho acceso.

A mayor abundamiento, si a diferencia de lo que ocurre con los impúberes –cuya indemnidad sexual se encuentra absolutamente protegida frente al “modo de ataque” representado por la penetración<sup>323</sup>–, tratándose de personas mayores de 14 años de edad nuestro sistema legislativo exige ciertos indicadores de un determinado déficit de autonomía personal o de una “vulnerabilidad específica” en el ejercicio de dicha autonomía<sup>324</sup> para prohibir que éstas sean accedidas carnalmente –requisito este último que no constituye sino un límite a la protección de la indemnidad sexual de estas personas impuesto precisamente por el reconocimiento de su propia autonomía– sencillamente no se entiende por qué el legislador sólo renuncia a la procesabilidad del acceso carnal del menor impúber, en exclusiva consideración a la edad del hechor y, por tanto, con la más completa indiferencia respecto de

---

<sup>323</sup> MAÑALICH (2014), op. cit., p. 57.

<sup>324</sup> *Ibíd.*, p. 59.

la persona de la víctima, en torno a la cual –se supone– debería girar este sistema de protección dispensado por el derecho penal.

## CAPITULO V. EL PARADIGMA FALO(GO)CENTRISTA

### 4.1 La hipótesis represiva

“La sexualidad fue pensada durante muchísimo tiempo –y quizás, hoy también– como un ámbito particularmente saturado de prohibiciones y censuras. La familia burguesa la había sometido a un régimen de existencia mínima: de sexo no se habla, y sólo se lo practica rodeándose de la mayor discreción”<sup>325</sup>.

Es así como la sexualidad se nos presenta cargada de instintos, portadora de un poder activo, demasiado extenso, capaz tal vez, de someter – incluso– nuestra racionalidad. Frente a esto, entonces, se opondría la Ley.

La ley en tanto manifestación radical del poder<sup>326</sup>, siembra obstáculos a fin de limitar las manifestaciones de la sexualidad a aquellas áreas o ámbitos necesarios, en tanto productivos o funcionales para la sociedad. La ley pacifica aquello que, de otro modo, representaría una amenaza.

Lo anterior, podría ejemplificarse a través de la revisión de los distintos modelos de regulación de la conducta sexual adoptados a lo largo de la historia.

---

<sup>325</sup> GROS, op. cit., p. 107.

<sup>326</sup> *Ibíd.*, p. 105.

En particular, un modelo paradigmáticamente represivo parece ser el modelo medieval. Allí el sexo sometido al orden natural y racional del deseo<sup>327</sup> se encuentra, aparentemente, en el clímax de su sometimiento por parte de la coacción estatal.

Una lectura generalizada del devenir de las distintas regulaciones sexuales propone que “esta empresa de frustración sistemática habría sido cómplice del sistema capitalista naciente, que niega al cuerpo el goce y el gasto inútil a fin de poder sacarle la máxima potencia al trabajo”<sup>328</sup>. He hasta aquí, en síntesis, lo que Foucault denomina como “hipótesis represiva”.

Ahora bien, el planteamiento de Foucault está dirigido menos a desmentir la prohibición del sexo desde la edad clásica y más a denunciar que convertir la prohibición del sexo en el elemento fundamental y constituyente a partir del cual se podría escribir la historia de lo que ha sido dicho a propósito del sexo en la época moderna es un “engañifa”<sup>329</sup>. La crítica de Foucault –entonces– “está dirigida a mostrar cómo la hipótesis represiva malinterpreta la posición relativa de semejante “prohibición legal” en la historia de la emergencia de lo sexual”<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2009), op. cit., p. 211.

<sup>328</sup> GROS, op. cit., p. 108.

<sup>329</sup> FOUCAULT, op. cit., pp. 19-29.

<sup>330</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., p. 89.

Bascuñán Rodríguez, en lo que cabe calificar como una validación refinada de la hipótesis represiva<sup>331</sup>, sostiene que el discurso de legitimación del derecho penal sexual conlleva el aseguramiento de la continuidad de la vigencia de un imperativo de abstención sexual.

En “El orden del discurso” Foucault “se propone formular grandes ejes de investigación, siempre a partir de una problemática del discurso entendido como campo de existencia anónimo en el que el sujeto filosófico se pierde con facilidad. Se trata, en primer término, de enumerar todos los procedimientos utilizados para conjurar los poderes y peligros del discurso (enfocado en su dimensión de materialidad y de acontecimiento). Se distinguirán, por un lado, procedimientos externos de exclusión, como la interdicción: regiones como la sexualidad y la política están sometidos a regímenes de habla sumamente coercitivos”<sup>332</sup>.

Sin embargo, centrar el análisis en la prohibición resulta en malinterpretar el poder productivo de la prohibición en el discurso de la sexualidad.

“El poder no es una *sustancia* que un número restringido de privilegiados se repartiría en detrimento de los otros, no es patrimonio exclusivo de una clase social; por el contrario, el poder circula por todo el espesor y la extensión del tejido social (aunque siga siendo evidente que estos flujos son controlados y

---

<sup>331</sup> Loc. cit.

<sup>332</sup> GROS, op. cit., p. 76.

regulados por tecnologías y máquinas *en el solo* provecho de una parte de la sociedad); el poder no es una cosa en manos de algunos, sino un elemento que pasa entre todos, enlazándonos y separándonos a la vez, reuniéndolos en el conflicto que los opone. Pero estas relaciones de fuerza no se resumen en la relación unilateral de dominación. Se trata, en rigor, de redes múltiples que atraviesan las demasiado compactas oposiciones de clase y se muestran irreductibles a las meras relaciones de producción (aunque se apoyen sobre ellas)<sup>333</sup>.

Es por ello que la idea de una energía rebelde a la que habría que dominar parece inadecuada para descifrar de qué manera se articulan poder y deseo; habría que suponerlos ligados de una manera más compleja y originaria que el juego entre una energía salvaje, natural y viviente, que sin cesar asciende desde lo bajo, y un orden de lo alto que busca obstaculizarla; no habría que imaginar que el deseo está reprimido por la buena razón de que la ley es constitutiva de deseo y de la carencia que lo instaura<sup>334</sup>. Finalmente, “el poder, no reprime ni prohíbe, sino que incita y produce”<sup>335</sup>.

A pesar de lo anterior, “tanto en el tema general de que el poder reprime el sexo como en la idea que la ley es constitutiva de deseo, encontramos la misma supuesta mecánica de poder. Se la define de un modo extrañamente

---

<sup>333</sup> *Ibíd.*, p. 104.

<sup>334</sup> *Ibíd.*, p. 110.

<sup>335</sup> *Ibíd.*, p. 105.

limitativo. Primero porque se trata de un poder pobre en recursos, muy ahorrativo en sus procedimientos, monótono en sus tácticas [...]. Luego, porque sería un poder que sólo tendría la fuerza del “no” [...]; en ello consistiría la paradoja de su eficacia: no poder nada, salvo lograr que su sometido nada pueda tampoco, excepto lo que le deja hacer”<sup>336</sup>. Esta es la concepción de “poder-jurídico”, cuya fácil aceptación resulta cuestionable. La razón general y táctica parece evidente: el poder es tolerable sólo con la condición de enmascarar una parte importante de sí mismo. Así, para el poder el “secreto” es una parte indispensable para su funcionamiento<sup>337</sup>.

El punto está en no aceptar que el poder sea una instancia puramente represiva. El poder regulador “no sólo actúa sobre un sujeto preexistente, sino que también labra y forma al sujeto; además, cada forma jurídica de poder tiene su efecto productivo”<sup>338</sup>. En este sentido, la prohibición de la sodomía puede inscribirse “en esta gran red superficial donde la estimulación de los cuerpos, la intensificación de los placeres, la incitación al discurso, la formación de conocimiento, el refuerzo de los controles y las resistencias se encadenan unos con otros según grandes estrategias de saber y poder”<sup>339</sup> que constituye el dispositivo de la sexualidad, no sólo como una explicitación del tabú de la

---

<sup>336</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 104.

<sup>337</sup> *Ibíd.*, pp. 104 y 105.

<sup>338</sup> BUTLER (2012), op. cit. p. 68.

<sup>339</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 129.

homosexualidad, sino que no puede ignorarse que “bajo la prohibición de la sodomía sólo resulte proscrito el contacto homosexual masculino, puede significar que su fuerza productiva consiste en la neutralización de la agencia sexual femenina”<sup>340</sup>.

#### **4.1.1 La incitación de los discursos**

Si bien la prohibición como tal tiene una connotación negativa, en cuanto pareciera que ella torna estéril cualquier intento por pronunciar aquello que se prohíbe, por el contrario, la prohibición nos posiciona en falta frente al sexo, lo que a su vez favorece el desarrollo de una multiplicidad de discursos sobre el sexo como una forma de subsanar esta supuesta falta.

En este sentido, el sexo “llega a ser un asunto de ‘policía’. Pero en el sentido pleno y fuerte que se daba entonces a la palabra no represión del desorden sino mejoría ordenada de las fuerzas colectivas e individuales [...] Policía del sexo: es decir, no el rigor de una prohibición sino la necesidad de reglamentar el sexo mediante discursos útiles y públicos”<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., p. 92.

<sup>341</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 34.

Con esto no nos referimos al discurso propiamente jurídico, sino más bien a todos esos focos que se iniciaron a partir del siglo XVIII, en donde distintas disciplinas tomaron al sexo y lo examinaron de modo de obtener respuestas relativas a su ciencia.

De estos nuevos discursos también se benefició el derecho penal, “que durante mucho tiempo había tenido que encarar la sexualidad, sobre todo en forma de crímenes ‘enormes’ y contra natura, y que a mediados del siglo XIX se abrió a la jurisdicción menuda de los pequeños atentados, ultrajes secundarios, perversiones sin importancia; por último todos esos controles sociales que se desarrollaron a fines del siglo pasado y que filtraban la sexualidad de las parejas, de los padres y de los niños, de los adolescentes peligros y en peligro; irradiaron discursos alrededor del sexo, intensificando la consciencia de un peligro incesante que a su vez reactivaba la incitación a hablar de él”<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> *Ibíd.*, p. 41.

#### 4.1.1.1 La implantación perversa

Es tal vez en este punto en donde la tesis de la represión encuentra su principal obstáculo. Esto porque la prohibición del sexo no se condice con la proliferación de los discursos sobre él.

Sin embargo, es posible argumentar que precisamente esta proliferación de los discursos tiene por objeto conocer y luego posiblemente controlar de mejor manera las diversas “perversiones” descubiertas a través de los diagnósticos psiquiátricos sobre el sexo. Respecto a la constitución del sujeto, la afirmación de Foucault según la cual el sexo no sería más que un producto de la sexualidad valida en su formulación más radical la tesis según la cual entre el sexo y el género existe una relación de co-emergencia<sup>343</sup>.

“El género es el aparato a través del cual tiene lugar la producción y la normalización de lo masculino y lo femenino junto con las formas intersticiales hormonales, cromosómicas, psíquicas y performativas que el género asume. Asumir que el género implica únicamente y exclusivamente la matriz de lo

---

<sup>343</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., p. 86.

'femenino' y lo 'masculino' es precisamente no comprender que la producción de la coherencia binaria es contingente”<sup>344</sup>.

“Lo fundamental, por de pronto, está en comprender a la sexualidad como un dispositivo de disciplinamiento; y la disciplina es, ante todo, una técnica política de los cuerpos. [...] El poder inviste al cuerpo como pedazo de espacio, como núcleo de comportamientos, como duración interna y como suma de fuerzas”<sup>345</sup>.

“El dispositivo de la sexualidad no tiene como razón de ser el hecho de reproducir sino de proliferar, innovar, anexar, inventar, penetrar los cuerpos de manera cada vez más detallada y controlar poblaciones de manera cada vez más global”<sup>346</sup>.

“La explosión discursiva de los siglos XVIII y XIX provocó dos modificaciones en ese sistema centrado en la alianza legítima. En primer lugar, un movimiento centrífugo respecto de la monogamia heterosexual. Por supuesto, continúa siendo la regla interna del campo de las prácticas y de los placeres. Pero se habla de ella cada vez menos, en todo caso con creciente sobriedad”<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> BUTLER, J. 2007. El género en disputa. Traducción María Antonio Muñoz, Barcelona, Paidós. p. 70.

<sup>345</sup> GROS, op. cit., p. 90.

<sup>346</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 130.

<sup>347</sup> *Ibíd.*, p. 51.

Lo relevante, más allá del grado de represión, es que con la petición de manifestación de las “otras sexualidades” existe también un cambio en la forma de poder que se ejerce sobre ellas, es decir, ya no es la simple prohibición y proscripción, por el contrario, respecto de estas sexualidades existe una estrategia distinta.

Por ejemplo, en el caso de las sexualidades periféricas, pareciera que el esfuerzo se dirige a especificarlas, a darles cierto contexto y también un cuerpo, de modo de encarnar la sexualidad en el individuo.

En este punto resulta necesario detenerse. Al iniciar el capítulo hemos desarrollado la idea de la regulación como una especie de red que se teje sobre la sexualidad.

Lo anterior hace presuponer que la sexualidad como tal precede a la regulación, sin embargo es necesario considerar que el poder regulador labra y forma sujetos.

Butler lo explica así: “las nociones jurídicas de poder parecen regular la esfera política únicamente en términos negativos, la prohibición, la reglamentación y el control y hasta la ‘protección’ de las personas vinculadas a esa estructura política a través de la operación contingente y retractable de la elección. No obstante, los sujetos regulados por esas estructuras, en virtud de

que están sujetos a ellas, se constituyen, se definen y se reproducen de acuerdo con las imposiciones de dichas estructuras”<sup>348</sup>.

En tal sentido, “el poder funciona como un mecanismo de llamado, como un señuelo: atrae, extrae esas rarezas sobre las que vela. El placer irradia sobre el poder que lo persigue; el poder ancla el placer que acaba de desembozar”<sup>349</sup>.

Es aquí en donde se configura el dispositivo de la sexualidad. Hasta este punto, la regla de la regulación estaba constituida por el dispositivo de la alianza, el paradigma de la pareja heterosexual y su función principal de procreación, pero con la incitación y configuración de las otras sexualidades vemos como el contenedor del dispositivo de la alianza, la familia, se ve invadida por estas otras sexualidades las cuales están anexadas a cada individuo, encarnadas en él.

#### **4.1.2 El dispositivo de la sexualidad**

“La ley produce y posteriormente esconde la noción de ‘un sujeto anterior a la ley’ para apelar a esa formación discursiva como una premisa fundacional

---

<sup>348</sup> BUTLER (2007), op. cit., p. 47.

<sup>349</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 59.

naturalizada que posteriormente legitima la hegemonía reguladora de esa misma ley<sup>350</sup>.

En tal sentido, si la sexualidad actúa como la ley del cuerpo o como una regulación sobre los cuerpos, es posible pensar que ella crea sus propios sujetos.

Ya habíamos adelantado la idea de que la sexualidad no precede al poder-jurídico que la regula, en tal sentido Foucault aclara que “no hay que concebir (a la producción misma de la sexualidad) como una especie dada de naturaleza que el poder intentaría reducir, o como un dominio oscuro que el saber intentaría, poco a poco, descubrir. Es el nombre que se puede dar a un dispositivo histórico: no una realidad por debajo en la que se ejercerían difíciles apresamientos, sino una gran red superficial donde la estimulación de los cuerpos, la intensificación de los placeres, la incitación al discurso, la formación de conocimientos, el refuerzo de los controles y las resistencias se encadenan unos con otros según grandes estrategias de saber y poder<sup>351</sup>”.

El modo en que cada uno de nosotros forma parte del dispositivo de la sexualidad es a través de la oposición binaria de sexo/género. “No hay que engañarse: bajo la gran serie de oposiciones binarias (cuerpo-alma, carne-espíritu, instinto-razón, pulsiones-conciencia) que parecían reducir y remitir el

---

<sup>350</sup> BUTLER (2007), op. cit., p. 48.

<sup>351</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 129.

sexo a una pura mecánica sin razón, Occidente ha logrado no sólo –no tanto– anexar el sexo a un campo de racionalidad, sino hacernos pasar casi por entero –nosotros, nuestro cuerpo, nuestra alma, nuestra individualidad, nuestra historia – bajo el signo de la lógica de la concupiscencia y el deseo. Tal lógica nos sirve de clave universal cuando se trata de saber quiénes somos”<sup>352</sup>.

#### **4.1.2.1 Sexo y/o género**

Corresponde –entonces– estudiar el concepto de género. Tradicionalmente sexo y género se presentan en una relación binaria, el primero se presenta como “natural” o como una característica biológica, mientras que el género consiste en una construcción, vale decir, una categoría cultural.

Así, “la distinción entre los términos ‘sexo’ y ‘género’ es una distinción relativa al estatus ontológico de sus respectivos referentes: mientras que el sexo constituiría un dato de la naturaleza, que pertenecería entonces al campo epistemológico de la biología, el género constituiría una categoría cultural, perteneciendo así al campo epistemológico de la sociología”<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> *Ibíd.*, p. 98.

<sup>353</sup> MAÑALICH (2011), *op. cit.*, p. 76.

Este sistema sexo/género es utilizado por un gran número de concepciones teóricas relativas al feminismo a modo de premisa fundacional sobre la cual construyen la perspectiva de género. Así, por ejemplo, las autoras Isabel Martínez Benlloch y Amparo Bonilla Campos señalan: “El sistema sexo/género como la cultura son ejes vertebradores del comportamiento humano y, ambos, contribuyen a la reflexibilidad y complejidad del sujeto psicológico. La interacción, por una parte, de los factores genéticos, hormonales y neurales –que generan la actividad psíquica como propiedad emergente artífice de procesos complejos– y, por otra, de la experiencia subjetiva del dimorfismo sexual que, en cada cultura, dota de significado psicológico al género, van a incidir en el autoconcepto, en la regulación y direccionalidad de las propias acciones, el pensamiento, el lenguaje y las emociones, además de en la percepción de las acciones de los otros”<sup>354</sup>.

En consecuencia, el género resulta ser una construcción psicosocial de índole relacional, esto porque interactúa con el hecho de ser sexuado, pero sin identificarse con este hecho; de este modo, cada cultura determinará la representación ideal de varones y mujeres.

Ahora bien, “si el género es los significados culturales que acepta el cuerpo sexuado, entonces no puede afirmarse que un género únicamente sea producto de un sexo. Llevada hasta su límite lógico, la distinción sexo/género

---

<sup>354</sup> BENLLOCH I., BONILLA A. 2000. El sistema sexo/género. Identidades y construcción de la subjetividad. Universidad de Valencia. p. 8.

muestra una discontinuidad radical entre cuerpos sexuados y géneros culturalmente *construidos*. Si por el momento presuponemos la estabilidad del sexo binario, no está claro que la construcción de ‘hombres’ dará únicamente cuerpos masculinos o que las ‘mujeres’ interpreten sólo cuerpos femeninos. Además, aunque los sexos parezcan ser claramente binarios en su morfología y constitución (lo que tendrá que ponerse en duda), no hay ningún motivo para creer que también los géneros seguirán siendo dos”<sup>355</sup>.

La hipótesis de un sistema binario de géneros implica suponer una relación directa entre el sexo y el género, de modo que el segundo sea un reflejo o consecuencia del primero. Para Butler, si se hiciera el ejercicio de separar el género del sexo, de modo de teorizar al primero de forma independiente, “el género mismo pasa a ser un artificio ambiguo, con el resultado de que *hombre* y *masculino* pueden significar tanto un cuerpo de mujer como uno de hombre, y *mujer* y *femenino* tanto uno de hombre como de mujer”<sup>356</sup>.

Siguiendo lo anterior es posible entender que “la distinción misma entre sexo y género: por debajo de su fuerza emancipadora frente a la rigidez de la

---

<sup>355</sup> BUTLER (2007), op. cit., p. 54.

<sup>356</sup> *Ibíd.*, p. 55.

identidad masculina o femenina de una persona, lo que la distinción produce –y asegura– en una naturalización del ‘sustrato’ de esa atribución binaria”<sup>357</sup>.

Mañalich explicita lo anterior al reformular el binomio sexo/género en términos de un hecho bruto y su consecuente hecho institucional; “es decir: en la medida en que sea posible afirmar que el hecho de que X sea una hembra de la especie *homo sapiens* contaría como un hecho bruto, mientras que el hecho de que la misma X sea una mujer contaría como un hecho institucional.

Entender la identidad de género de un individuo como una propiedad cuya realización constituye un hecho institucional equivale a entender que el hecho de que ese individuo sea portador de tal género representa el resultado de una operación consistente en la asignación colectiva de un determinado *status* a ese individuo”<sup>358</sup>.

Benlloch y Bonilla, por su parte, señalan que “constituyó un hito la expresión *sistema sexo/género*, acuñada por la antropóloga Rubin (1975), pues develó cómo las sociedades establecen convenciones por las que se transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana”<sup>359</sup>,

---

<sup>357</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., p. 77.

<sup>358</sup> Loc. cit.

<sup>359</sup> BENLLOCH, BONILLA, op. cit., p. 10.

reconociendo así lo que Butler denomina relación mimética entre el género y el sexo<sup>360</sup>.

El problema de la relación consecencial entre sexo y género es que ambos aparecen como “naturalmente entregados”, dejando abiertas las interrogantes respecto de cómo y en base a qué premisas se conforman las convenciones sociales que determinan al género, y cuáles son los discursos científicos que determinan cuáles son los hechos aparentemente naturales que determinan al sexo.

Ciertamente la atribución de un estatus funcional culturalmente determinado a X por el hecho de ser clasificada como mujer es contingente, por cuanto no necesariamente las funciones asignadas están relacionadas con su aptitud física o biológica para desarrollarlas.

“Si se refuta el carácter invariable del sexo, quizás esta construcción denominada ‘sexo’ esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, quizás siempre fue género, con el resultado de que la distinción entre sexo y género no existe como tal”<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., p. 54.

<sup>361</sup> *Ibíd.*, p. 55.

#### 4.1.2.1.1 La categoría del sexo

La categoría del sexo se presenta como preeminente frente a la categoría de género. En efecto, Witting sostiene que el sexo se plantea como anterior a cualquier pensamiento, antes “de cualquier sociedad, hay ‘sexos’ (dos categorías innatas de individuos) con una diferencia constitutiva, una diferencia que tiene consecuencias ontológicas”<sup>362</sup>.

Si bien existen diferencias constitutivas entre los sexos, la idea fundamental detrás de la diferenciación parece ser la necesidad de que los sexos desarrollen entre sí relaciones de categoría a categoría. Ciertamente, tratándose de una categoría “natural”, estas relaciones no se consideran dentro del ámbito de lo social, sino que, por el contrario, pertenecen al ámbito de la naturaleza y son por ello preexistentes.

“El núcleo de esta ontología se deja explicitar en términos de tesis de una diferenciación binaria; y a esta tesis subyace otra, que constituye su correlato, a saber: la tesis de la complementariedad reproductiva de los sexos, cuya articulación conjunta, define, entonces, la base de la moderna ontología de lo

---

<sup>362</sup> WITTING, M. 2006. El pensamiento heterosexual y otros ensayos. Trad. Javier Sáez y Paco Vidarte. Barcelona. Editorial Egales. p. 25.

sexual, que puede ser entendida como la expresión de una normatividad específica, que cabe denominar ‘heteronormatividad’<sup>363</sup>.

De este modo tenemos que “la categoría de sexo es una categoría política que funda la sociedad en cuanto heterosexual. En este sentido, no se trata de una cuestión de ser, sino de relaciones (ya que las ‘mujeres’ y los ‘hombres’ son el resultado de las relaciones) aunque los dos son aspectos son confundidos siempre cuando se discuten. La categoría de sexo es la categoría que establece como ‘natural’ la relación que está en la base de la sociedad (heterosexual), y a través de ella la mitad de la población –las mujeres– es ‘heterosexualizada’ y sometida a la economía heterosexual. La categoría de sexo es el producto de la sociedad heterosexual que impone a las mujeres la obligación absoluta de reproducir la ‘especie’ es decir, reproducir la sociedad heterosexual”<sup>364</sup>.

En base a lo anterior, y en particular a la refutación del sexo como categoría natural, es posible plantear la tesis de la co-emergencia del sexo y el género. Considerando que el sexo no puede definirse completamente sin utilizar elementos o atributos que corresponden a la categoría social de género y a su vez el género se constituye con base en el sexo, es evidente la oposición productiva entre ambos.

---

<sup>363</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., p. 84.

<sup>364</sup> WITTING, op. cit., p. 26.

“La tesis según la cual la relación entre sexo y género es, ontológicamente, una relación de co-emergencia encuentra su formulación más radical –como no podía ser de otro modo– en la afirmación de Foucault, según la cual el sexo no sería más que el producto de la sexualidad. Lo notable de la provocativa sugerencia de Foucault está en que ella pretende revertir la hipótesis que arroja el análisis morfológico de los términos ‘sexo’ y ‘sexualidad’. Pues superficialmente al menos, todo parecería indicar que el término ‘sexualidad’ está construido sobre –en tanto más complejo que– el término ‘sexo’. Pero Foucault propone una inversión de esta relación genética, precisamente en el sentido de que lo que entendemos ordinariamente por ‘sexo’ –en términos de lo que Butler llama un compromiso con la ‘metafísica de la sustancia’– sería el producto de un intrincado dispositivo de poder-saber, funcional a la hegemonía de una heterosexualidad institucional”<sup>365</sup>.

#### **4.1.2.1.1 Falo(go)centrismo**

Así como hay quienes desarrollan la hipótesis del sexo como prediscursivo, “en algunos momentos, la teoría feminista se ha interesado por la idea de un origen, un tiempo anterior a lo que algunos denominaría ‘patriarcado’ que otorgaría una

---

<sup>365</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., p. 86.

perspectiva imaginaria a partir de la cual se instituiría la contingencia de la historia de la opresión de las mujeres”<sup>366</sup>.

Lo anterior resulta problemático pues, como lo explica Butler, si bien el impulso crítico que se encuentra detrás de la idea de la existencia de un sistema pre-patriarcal consiste en demostrar que el patriarcado tuvo un inicio y por ello puede también tener un final, el giro hacia una cultura pre-patriarcal constituye un tipo diferente de reificación, es decir, no sería el sistema patriarcal el que es concebido como originariamente independiente, sino que se universalizaría –en el caso de la cultura pre-patriarcal– la experiencia de las mujeres<sup>367</sup>.

“El recurso feminista a un pasado imaginario debe evitar fomentar una reificación políticamente problemática de la experiencia de las mujeres al tiempo que intenta restar valor a las afirmaciones *autorreificadoras* del poder *masculinista*”<sup>368</sup>. Esto porque “la invención de esos orígenes detalla una situación previa a la ley en un relato necesario y unilateral cuya culminación es la creación de la ley, y así la justifica”<sup>369</sup>.

Analizando lo anterior en términos foucaultianos, si el poder produce a los sujetos a los que más tarde representa, la ley produce a quienes devienen

---

<sup>366</sup> BUTLER (2007), op. cit. p. 101.

<sup>367</sup> *Ibíd.*, pp. 101 y 102.

<sup>368</sup> *Ibíd.*, p. 102.

<sup>369</sup> *Loc. cit.*

en sujetos a través –y precisamente– de la ley, luego, universalizar la experiencia de las mujeres implica la producción de un sujeto: la mujer, presumiendo con ello que el término mujer(es) indica una identidad común.

De este modo, pareciera ser que el recurso a una cultura pre-patriarcal representa el mismo peligro que el patriarcado de convertirse en un concepto universalizador que suprime o restringe articulaciones claras de asimetría entre géneros y diferentes contextos culturales<sup>370</sup>, reproduciendo –finalmente– la misma estrategia de dominación falo(go)céntrica, que se pretende alterar.

#### **4.1.2.1.1.2 ¿Heterosexualidad natural del parentesco?**

En “Las estructuras elementales del parentesco”, Claude Lévi-Strauss desarrolla la diferenciación entre naturaleza y cultura por medio del establecimiento del doble criterio de la norma y de la universalidad, que permitiría sostener, “que todo lo que es universal en el hombre corresponde al orden de la naturaleza y se caracteriza por la espontaneidad, mientras que todo lo que está sujeto a una norma pertenece a la cultura”<sup>371</sup>.

---

<sup>370</sup> Loc. cit.

<sup>371</sup> LÉVI-STRAUSS, CLAUDE. (1991) Estructuras elementales del parentesco. Barcelona. Paidós. p. 41.

“Algunas teóricas feministas se han basado en la antropología estructuralista de Lévi-Strauss para tratar de respaldar y explicar la diferenciación entre sexo y género: la idea de que hay una mujer natural o biológica que más tarde se convierte en una ‘mujer’ socialmente subordinada, con el resultado de que el ‘sexo’ es a la naturaleza o a ‘lo crudo’ lo que el género es a la cultura o a ‘lo cocido’”<sup>372</sup>.

Naturaleza y cultura se vinculan a través de una estructura de dominación, así Lévi-Strauss señala: “la cultura puede y debe, so pena de no existir, afirmar ‘primero yo’ y decir a la naturaleza: ‘No irás más lejos’”<sup>373</sup>.

“La relación binaria entre cultura y naturaleza fomenta una relación jerárquica en la que la primera libremente “exige” un significado a la segunda y, por ese motivo, la convierte en un ‘Otro’ que se adecúa a sus propios usos ilimitados, protegiendo la idealidad del significante y la estructura de significación sobre el modelo de dominación”<sup>374</sup>.

---

<sup>372</sup> BUTLER (2007), op. cit. p. 104.

<sup>373</sup> LÉVI-STRAUSS, op. cit., p. 44

<sup>374</sup> BUTLER (2007), op. cit. p. 104.

#### 4.1.2.1.1.2.1 El intercambio de mujeres y la matriz heterosexual

Refiriéndose a la prohibición del incesto, Lévi-Strauss señala que la prohibición del incesto se confunde con la regla de la exogamia. Así, *la regla* constituye la esencia de la prohibición del incesto, ya que si la naturaleza no determina las condiciones de la alianza, la cultura no puede menos que introducir el orden en ella, para asegurar –con ello– la existencia del grupo como grupo<sup>375</sup>.

Es en este contexto de subsistencia de los grupos humanos que Lévi-Strauss desarrolla su estudio respecto de las prohibiciones de matrimonio, advirtiendo una profunda vinculación entre el intercambio de mujeres (a través del matrimonio) y el intercambio económico<sup>376</sup>.

“La novia, el regalo, el objeto de intercambio, es un ‘signo de valor’ que inicia un canal de intercambio que no sólo permite lograr el objetivo *funcional* de simplificar el comercio sino que posibilita el objetivo *simbólico* o *ritual* de reforzar los vínculos internos y la identidad colectiva de cada clan, que se distingue de otro mediante este acto”<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> LÉVI- STRAUSS, op. cit., pp. 65–68.

<sup>376</sup> *Ibíd.*, p. 70.

<sup>377</sup> BUTLER (2007), op. cit. p. 107.

En este punto, resulta necesario detenerse en el rol de la mujer dentro del intercambio. Butler sostiene que en el proceso de intercambio la mujer “refleja la identidad masculina precisamente al ocupar el lugar de su ausencia”<sup>378</sup>, luego, la(s) mujere(s), en el proceso de intercambio, no representan una identidad en sí mismas, sino que en cierto modo representan o portan la identidad masculina de sus clanes<sup>379</sup>.

Si dicha lógica universal del intercambio –planteada por Lévi-Strauss– fuera cierta, y si esta estructura universal otorga “identidad” a los hombres y una “carencia” a las mujeres, la pregunta debiera ser ¿cómo sería una lógica alternativa al parentesco?<sup>380</sup>.

La dificultad para responder a la pregunta planteada no es menor, puesto que en la medida que exista y se mantenga la estrecha vinculación entre el *logos* (discurso, voz, razón) y el falo como significante privilegiado<sup>381</sup>, es prácticamente imposible desarrollar una lógica alternativa sin reproducir las mismas estrategias falocéntricas de dominación y diferenciación binaria. Esto porque “el empeño de *incluir* culturas de ‘Otros’ como amplificaciones variadas de un falogocentrismo global es un acto apropiativo que se expone a repetir el

---

<sup>378</sup> BUTLER (2007), op. cit., pp. 107.

<sup>379</sup> *Ibíd.*, p. 107.

<sup>380</sup> *Loc. cit.*

<sup>381</sup> GIL, S. 2013. Filosofía de la diferencia y teoría feministas contemporáneas ¿Cómo pensar la política hoy?. Tesis doctoral. Madrid. Universidad Autónoma de Madrid. p. 66. Disponible en <http://kolectivoporoto.cl/wp-content/uploads/2015/11/López-Gil-Silvia-Filosof%C3%ADa-de-la-diferencia-y-teor%C3%ADa-feminista-contemporáneas.pdf>

gesto falogocéntrico de auto exaltarse, y domina bajo el signo de lo misma las diferencias que de otra forma cuestionarían ese concepto totalizador.

La crítica feminista debe explicar las afirmaciones totalizadoras de una economía significativa masculinista, pero también debe ser autocrítica respecto de las acciones totalizadoras del feminismo”<sup>382</sup>.

#### **4.1.2.1.1.2.2 El deseo “homosocial”**

La sociedad heterosexual se funda en la diferencia, en el “Otro”. No es posible concebir la heterosexualidad sin la existencia de categorías binarias.

Para Lévi-Strauss, la identidad cultural masculina también se constituye a través de un proceso de diferenciación entre clanes. Sin embargo, esta diferencia es de tipo hegeliana, es decir, diferencia y vincula a la vez, mientras que la “diferencia” entre hombres y mujeres esquivada por completo a la dialéctica<sup>383</sup>.

En otras palabras, mientras el intercambio supone una vinculación entre clanes patrilineales (diferente), la posición de la mujer en relación con el hombre nunca supone una vinculación en términos de una unión entre sujetos

---

<sup>382</sup> BUTLER (2007), op. cit., pp. 65 y 66 .

<sup>383</sup> *Ibíd.*, p. 110.

pertenecientes a una identidad semejante, como sí ocurre en la vinculación entre clanes, con una identidad patriarcal, masculina y patrilineal<sup>384</sup>.

“En realidad, las relaciones que se establecen entre clanes patrilineales tienen su base en un deseo homosocial (lo que Irigaray denomina, en un juego de palabras, ‘hommo-sexualidad’, en una sexualidad reprimida y despreciada; una relación entre hombres que, en resumidas cuentas, está relacionada con los vínculos de los hombres, pero que se crea a través del intercambio heterosexual y la distribución de mujeres”<sup>385</sup>.

Lo anterior, permite comprender la afirmación de Witting, en orden a que “no hay ningún sexo. Solo hay un sexo que es oprimido y otro que oprime. Es la opresión lo que crea al sexo, y no al revés. Lo contrario vendría a decir que es el sexo lo que crea la opresión, es decir que la causa (el origen) de la opresión debe encontrarse en el sexo mismo, en una división natural de los sexos que preexistirían a (o que existirían fuera de) la sociedad”<sup>386</sup>.

Luego, el sexo es una categoría política producida por y para asegurar la vigencia de la sociedad heterosexual. “La categoría del sexo es la categoría que une a las mujeres porque ellas no pueden ser concebidas por fuera de esa categoría. Solo *ellas* son sexo, *el* sexo, y se las ha convertido en sexo su

---

<sup>384</sup> Loc. cit.

<sup>385</sup> Loc., cit.

<sup>386</sup> WITTING, op. cit., p. 22.

espíritu, su cuerpo, sus actos, sus gestos; incluso los asesinatos de que son objeto y los golpes que reciben son sexuales”<sup>387</sup>.

En cambio los hombres, a nivel abstracto, “se singularizan dentro de esta identidad cultural masculina que lo incluye todo”<sup>388</sup>.

Luego, la reciprocidad masculina “es la condición de una relación de no reciprocidad radical entre hombres y mujeres, y otra, por así decirle, de no relación entre mujeres”<sup>389</sup>.

La tendencia a la universalidad del pensamiento heterosexual hace que le sea imposible concebir una cultura en donde la heterosexualidad no determine las relaciones humanas. Esto lleva a Witting a plantear que “el rechazo a la obligación del coito (heterosexual) y las instituciones que dicha obligación ha producido como necesarias para constituir una sociedad, es imposible, ya que hacerlo significa rechazar la posibilidad de la constitución del otro y rechazar el ‘orden simbólico’, hacer la constitución del sentido imposible, sin la cual nadie puede mantener una coherencia interna. Así, el lesbianismo, la homosexualidad, y las sociedades que podemos crear, no pueden ser pensadas o enunciadas, aunque siempre hayan existido”<sup>390</sup>.

---

<sup>387</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>388</sup> BUTLER (2007), *op. cit.*, p. 110.

<sup>389</sup> *Ibíd.*, p. 111.

<sup>390</sup> WITTING, *op. cit.*, p. 52.

### 4.3.1 El incesto y el dispositivo de la alianza

“Es posible que en las sociedades donde predominan los dispositivos de alianza la prohibición del incesto sea una regla funcional indispensable. Pero en una sociedad como la nuestra, donde la familia es el más activo foco de sexualidad, y donde sin duda son las exigencias de éstas las que mantienen y prolongan la existencia de aquella, el incesto –por muy otras razones y de otra manera– ocupa un lugar central; sin cesar es solicitado y rechazado, objeto de obsesión y llamado, secreto temido y juntura indispensable”<sup>391</sup>.

De este modo, el incesto, o más bien su prohibición, funciona como un engranaje que permite articular al interior de la familia la alianza y el dispositivo de la sexualidad, de modo que su conjunción sea productiva en términos de favorecer, finalmente, a la conformación de una ontología de lo sexual.

Ahora, desde esta perspectiva la prohibición del incesto tiene una función de resguardo hacia el dispositivo de la alianza. “Si durante más de medio siglo el Occidente se interesó tanto en la prohibición del incesto, si con acuerdo más o menos común se vio en él un universal social y uno de los puntos de pasaje a la cultura obligatorios, quizás fue porque se encontraba allí un medio de

---

<sup>391</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 133.

defenderse, no contra el deseo incestuoso, sino contra la extensión y las implicaciones de ese dispositivo de sexualidad que se había erigido y cuyo inconveniente, entre muchos beneficios, consistía en ignorar las leyes y las formas jurídicas de la alianza”<sup>392</sup>.

#### **4.4.1 Prohibiciones constitutivas**

El tabú del incesto está íntimamente relacionado con el parentesco normativo, en tanto el tabú prohíbe o censura, por una parte, pero por otra promueve e incita el contacto sexual.

“El tabú –esto es, la prohibición– del incesto funcionaría produciendo el deseo incestuoso bajo el marco *contextualizante* que representa su propia prohibición. Se trata, en tal medida, de una prohibición que por sí misma produce lo que ella al mismo tiempo prohíbe; o puesto en términos de la teoría analítica de las normas: de una regla constitutiva que pretende operar, sin embargo, como puramente regulativa”<sup>393</sup>.

“Por la vía de proscribir el contacto heterosexual endogámico, la prohibición del incesto funciona constituyendo una identidad heterosexual: “El

---

<sup>392</sup> Loc. cit.

<sup>393</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., pp. 90 y 91.

tabú del incesto no sólo prohíbe la unión sexual entre miembros de una misma línea de parentesco, sino que encierra también el tabú de la homosexualidad”<sup>394</sup>.

De este modo, la prohibición del incesto al prohibir el deseo heterosexual endogámico, valida finalmente el deseo heterosexual.

“Este hallazgo de la producción de una identidad heterosexual a través de la prohibición del contacto sexual endogámico resulta plenamente confirmado por el alcance tradicional asignado al reforzamiento jurídico-penal de la prohibición del incesto, éste sólo podría predicarse del coito vaginal –y por ende, heterosexual– que involucra a quienes no pueden válidamente contraer matrimonio en virtud del correspondiente impedimento por parentesco”<sup>395</sup>.

Una conclusión similar se puede obtener del análisis del tipo penal del incesto hecho por Etcheverry. Este autor señala que el carácter ofensivo de la relación carnal que involucra el incesto proviene del parentesco de los partícipes, luego, el delito estaría destinado a proteger el orden de la familia.

Dicho orden aparecería afectado en dos niveles, “primeramente, por la posibilidad de engendrar hijos, que de acuerdo a las leyes biológicas pueden ser un factor de degeneración de la familia y aun de la estirpe, y en seguida,

---

<sup>394</sup> *Ibíd.*, p. 91.

<sup>395</sup> *Loc. cit.*

representa un atentado contra las buenas costumbres en forma particularmente chocante al sentimiento familiar<sup>396</sup>.

Sin perjuicio de la doble afectación al orden de la familia, el autor reconoce que la principal razón para sancionar el incesto es un motivo eugenésico, puesto que la lesión de las buenas costumbres, como bien jurídico, requiere el escándalo.

De lo anterior se sigue que “siendo tal la razón de ser de la ley, parece claro que sólo los actos idóneos para introducir descendencia incestuosa y eventualmente degenerada, serían constitutivos de este delito: la cópula normal entre varón y mujer<sup>397</sup>”.

“La prohibición del incesto no funciona, por ende, regulando represivamente el hecho bruto consistente en la existencia de una disposición ‘natural’ o pre-jurídica a la sexualidad endogámica, sino más bien constituye una matriz heterosexual en el marco de la cual adquiere *sentido*, entonces, la proscripción de la heterosexualidad endogámica. Un contacto sexual consistente en una penetración anal acontecida entre dos hermanos varones no contraviene, por lo mismo, la prohibición del incesto. En esto consiste, precisamente, la fuerza constitutiva del tabú: ese contacto homosexual no

---

<sup>396</sup> ETCHEBERRY (1965), op. cit., p. 45.

<sup>397</sup> Loc. cit.

alcanza a quedar constituido siquiera bajo el espacio de configuración del deseo sexual, susceptible de ser sometido a la norma prohibitiva”<sup>398</sup>.

#### 4.5 La prohibición de la sodomía

“Si es correcto reconocer en la prohibición del incesto una norma productiva de una heterosexualidad, institucional, entonces la formulación expresa de una prohibición de la sodomía en tanto “*crimen contra natura*”, en su superficie, parecería nada más que explicitar el tabú de la homosexualidad inmanente al tabú del incesto. Pero esto no equivale a decir que se trate, entonces, de una prohibición superflua. Antes bien: que bajo la prohibición de la sodomía sólo resulte proscrito el contacto homosexual masculino, puede significar que su fuerza productiva consiste en una neutralización de la agencia sexual femenina, de modo enteramente complementario a la supuesta exclusión de la mujer del círculo de destinatarios de la prohibición de la violación, cuyo quebrantamiento ha sido tradicionalmente entendido como constitutivo de un “delito de propia mano”, esto es, como no susceptible de imputación más que a título de autoría directa”<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> MAÑALICH (2011), op. cit., p. 91.

<sup>399</sup> *Ibíd.*, p. 92.

#### **4.5.1 El delito de violación y la agencia sexual femenina**

La tipificación de la violación se funda en la idea de que las mujeres requieren protección de su autonomía sexual como contrapartida del ejercicio de la autonomía sexual por parte de los varones, cuyo ejercicio es reconocido como legítimo y propio de éstos dentro del intercambio heterosexual.

Anne Coughlin plantea y desarrolla esta idea, cuya formulación amerita ser literalmente reproducida *in extenso*: “The critics’ assertion that rape law is designed to protect female sexual autonomy carries with it a cluster of related assumptions about gender, heterosexuality, and the legal regulation of heterosexual intercourse. Speaking generally, the critics treat heterosexuality as a social sphere within which men and woman should be free to pursue a range of erotic options. Although their conception of the state’s role in securing sexual freedom differ in some crucial respects, the critics stipulate that, at a minimum, sexual freedom requires that people should be entitled to expect that the law will protect them from sexual contacts that they subjectively do not want and affirmatively reject or that they accept under conditions that would invalidate the exchange of other kinds of goods. The commentators imply that men enjoy sexual autonomy and that, at least when they are pursuing sexual connections with women, biological and cultural conditions coincide to support their

autonomy and, indeed, their domination of female sexuality. Men are superior in size and strength to women, and culture long has fostered male initiative, if not aggression, in the exchange of heterosexual intimacies”<sup>400</sup>.

El delito de violación está establecido como contrapeso para corregir el desbalance –que se supone– existe entre la agencia sexual masculina y femenina.

El legislador regula asumiendo como premisa que es la mujer quien requiere protección respecto del ejercicio activo de la autonomía sexual del hombre.

De este modo, la autonomía sexual femenina está constituida por el ámbito de protección que el legislador le asegura a través de la tipificación del contacto sexual abusivo. *“By punishing rape, the law seeks to constrain the*

---

<sup>400</sup> “La afirmación de los críticos que la legislación de la violación está diseñada para proteger la autonomía sexual femenina lleva consigo un conjunto de suposiciones sobre el género, la heterosexualidad, y la regulación legal del coito heterosexual. Hablando en términos generales, los críticos tratan a la heterosexualidad como una esfera social dentro de la cual hombres y mujeres deberían ser libres para indagar un rango de opciones eróticas. Aunque su concepción del rol del estado en el aseguramiento de la libertad sexual difiere en algunos aspectos relevantes, los críticos sostienen que, como mínimo, la libertad sexual requiere que la gente tenga el derecho a esperar que la ley los protegerá de contactos sexuales que subjetivamente no desean y que afirmativamente rechazan o que aceptan bajo condiciones que invalidarían el intercambio de otros tipos de bienes. Los comentaristas suponen que los hombres gozan de autonomía sexual y que, al menos cuando están buscando conexiones sexuales con mujeres, condiciones biológicas y culturales se conjugan para darle apoyo a su autonomía y, ciertamente, a su dominación de la sexualidad femenina. Los hombres son superiores en tamaño y fuerza a las mujeres, y la cultura ha fomentado durante mucho tiempo la iniciativa masculina, si es que no la agresión, en el intercambio de intimidades sexuales”. COUGHLIN, op. cit., p. 3.

*exercise of male sexual autonomy to extent necessary to secure the sexual autonomy of women*<sup>401</sup>.

El hecho que el legislador asuma este rol de protección en torno a la autonomía sexual femenina hace cuestionarse qué tan autónomas son las mujeres desde la perspectiva del legislador o, de otro modo, qué tanta libertad tiene un sujeto a quien se le debe garantizar su agencia a través del constreñimiento de la agencia de otro. Visto desde esta perspectiva, la regulación de la violación no es la creación de estatus de cuidado y mayor protección para las mujeres, si no que por el contrario, resulta ser misógina<sup>402</sup>.

Si, por ejemplo, recordamos las circunstancias de comisión enumeradas en el artículo 361 del Código Penal respecto del delito de violación, podremos observar que estas circunstancias consisten básicamente en hipótesis en donde la interacción sexual requiere de algún tipo de fuerza o acción por parte del varón para lograr acceder a la mujer. Con ello se valida tácitamente otro tipo de prácticas (no mencionadas por la norma) con las cuales se puede constreñir la libertad de la mujer, las que son consideradas entonces como propias de la

---

<sup>401</sup> “Mediante el castigo de la violación, la ley busca constreñir el ejercicio de la autonomía sexual masculina hasta un punto necesario para asegurar la autonomía sexual de las mujeres”. *Ibíd.*, p. 8.

<sup>402</sup> *Ibíd.*, p. 6.

iniciativa sexual del hombre dentro del marco de las relaciones heterosexuales<sup>403</sup>.

La reinterpretación del delito de violación como una limitación a la agencia sexual femenina se puede vincular con lo expuesto en el Capítulo II, a propósito de la forma verbal utilizada para describir la acción típica de la violación en el Código de 1875.

En dicho apartado veíamos como la doctrina en general estaba conteste en que el verbo yacer era constitutivo de coito heterosexual. En este sentido, Bascuñán Valdés señalaba que “tanto la doctrina y jurisprudencia españolas como la chilena, están acordes en que se refiere al acceso carnal normal, al realizado por vía naturalmente destinada al efecto y que todo ámbito *contra natura* sobrepasa el ámbito de la violación. [...] Luego, para nuestro Código Penal el concepto de acceso carnal tiene una doble limitación: 1º) sólo se puede yacer con mujer; 2º) sólo se refiere al acceso carnal normal”<sup>404</sup>.

Esta concepción misógina del delito de violación por parte del legislador podría confirmarse si se analiza la sanción de la denominada “violación sodomítica”, la cual fue introducida de forma posterior a la sanción del delito de violación.

---

<sup>403</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>404</sup> BASCUÑÁN VALDÉS, *op. cit.*, p. 19.

La penalización de la violación sodomítica introducida por el DL N° 2967 de 1979 significó, en primer término, una anomalía en el sistema de los delitos sexuales, el que hasta ese tiempo se configuraba en clave de protección al bien jurídico honestidad.

El reconocimiento por parte del legislador de que el hombre también podía ser objeto de una acción sexual, particularmente de acceso carnal, introduce un quiebre en el sistema, puesto que hasta ese momento el varón, respecto a la violación, sólo era reconocido como sujeto activo.

Así, la introducción de dicho tipo penal importa un primer reconocimiento de la libertad sexual como objeto de protección, sin embargo, es paradigmático que al sujeto a quien se le reconoce dicha libertad sexual sea al hombre.

Pareciera ser que el legislador se vio en la necesidad de reconocer la protección de la libertad sexual del hombre en orden de protegerlo del eventual ejercicio de la autonomía sexual de otro hombre, cuestión que respecto de las mujeres no parece necesaria, atendido –el asumido– rol pasivo en el ejercicio sexual.

En tal sentido, a la crítica por el carácter moral del bien jurídico protegido en aquella época –la honestidad– debiéramos sumar el reparo en contra de la concepción misógina del delito de violación, a menos que fuera posible preguntarse si dentro del paradigma de moral sexual no se encuentra también la premisa del rol pasivo de la mujer en el desarrollo de la sexualidad.

Si bien la Ley N° 19.617 modifica la configuración del delito de violación ampliando las hipótesis de acceso carnal, agregando a la ya considerada vía vaginal las vías anal y bucal, “[c]omo antaño, sujeto activo puede ser sólo el hombre, el único dotado de aptitud fisiológica para conjugar el verbo rector; sujeto pasivo, en cambio, cualquier persona, hombre o mujer”<sup>405</sup>. Esta última adecuación del tipo penal, en términos de admitir tanto a la mujer como al hombre como potenciales sujetos de la acción, no erradica, sin embargo, el paradigma falo(go)céntrico de la legislación.

Ya vimos como el término yacer se definía como acceso carnal ejecutado –como no– por un varón. La misma idea se repite en la sanción de la denominada “violación sodomítica”: teniendo el varón la posibilidad de acceder carnalmente, resulta necesario resguardar la libertad (sexual) de los varones de modo que ésta no sea vulnerada entre ellos. Luego, en la tipificación actual del delito de violación, la descripción de la acción típica como acceso carnal no hace sino continuar con el paradigma<sup>406</sup>. En palabras de Bascuñán, “[e]xiste, eso si, una importante continuidad entre el Código de 1875 y la Ley 19.617. En ambas regulaciones la descripción de la acción sexual constitutiva de violación determina una idéntica calidad de autor de propia mano del delito. Tanto antes

---

<sup>405</sup> GUZMÁN, op. cit., p. 17.

<sup>406</sup> Loc. cit.

como ahora, solamente un hombre puede ser autor de propia mano del delito de violación. Esto era indiscutido, tratándose de la antigua expresión ‘yacer’<sup>407</sup>.

---

<sup>407</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2000), op. cit., p. 34.

## CONCLUSIÓN

La concepción de la sexualidad como un ámbito especialmente sujeto a prohibiciones es problemática en la medida que desconoce el particular poder productivo de la prohibición.

Foucault, al enfrentarse al problema de la producción del discurso, señala que éste se nutre de múltiples estrategias para su formulación, siendo una de las más conocidas la exclusión o prohibición. En este sentido, la prohibición no constituye una simple orden de silencio o proscripción, por el contrario, la prohibición es el medio a través del cual se incita a la producción del(los) discurso(s).

En el caso de la sexualidad, la hipótesis de que ésta se encuentra bajo un régimen de sometimiento y represión por parte de la ley, incita el desarrollo de múltiples discursos a su respecto. Es así como la medicina, la psiquiatría, la sociología y muchas otras ciencias han proyectado su propio discurso sobre este ámbito de la vida que denominamos sexualidad.

Desde el punto de vista de la “hipótesis represiva”, lo anterior supone una liberación. Si bien Foucault no pretende desmentir el sometimiento de la sexualidad, su planteamiento es crítico en tanto pretende demostrar que la “hipótesis represiva” desconoce el poder incitador de la prohibición y luego, que

los múltiples discursos que se desarrollan a partir de dicha prohibición ignoran que ellos constituyen, en sí mismos, la validación de una determinada ontología sexual que es reproducida por la sexualidad.

Y es que el poder –nos dice Foucault– encuentra en el secreto su principal estrategia. “El poder está en todas partes; no es que englobe todo, sino que viene de todas partes”<sup>408</sup>, es por ello que es necesario interrogar al poder, develar –en la medida de lo posible– la situación estratégicamente compleja que se reproduce en una determinada sociedad.

La aceptación de la distinción ontológica entre sexo y género conduce, necesariamente, a la concepción de una matriz binaria de los sexos, reconociendo dos géneros alternativos: masculino y femenino, como resultado social atribuible a quien posea el sexo “respectivo”.

Lo cuestionable de la ideología de la diferencia sexual es que utiliza a la naturaleza como causa de la oposición que existe en el plano social entre hombres y mujeres, ocultando que ello obedece más a una ideología o concepción, que a un motivo natural.

Luego, esta ideología es también reproducida por quienes se encuentran sujetos a ella, así “los amos explican y justifican las divisiones que han creado como resultado de diferencias naturales. Los esclavos, cuando se rebelan y

---

<sup>408</sup> FOUCAULT, op. cit., p.113.

comienzan a luchar, interpretan como oposiciones sociales esas presuntas diferencias naturales”<sup>409</sup>.

El trabajo de Judith Butler es relevante en este punto, puesto que ella propone que tanto sexo como género obedecen a un mecanismo de construcción contingente, es decir, ambos se construyen simultáneamente y vinculándose entre sí. El reconocimiento del carácter construido de ambas categorías resulta útil para un proyecto político que pretenda aumentar la gama de configuraciones posibles de género y, con ello, potenciar una relación social de los géneros distinta a la oposición entre femenino y masculino.

Ahora, volviendo a la categoría del sexo, ésta es una categoría política que funda la sociedad en cuanto heterosexual, naturalizando la relación (heterosexual) que está en su base. Esto porque “sea cual sea el enfoque, permanece siempre esa idea fundamental. Los sexos, a pesar de su diferencia ‘constitutiva’, deben inevitablemente desarrollar relaciones de categoría a categoría. Dado que pertenecen a un orden natural, esas relaciones no pueden ser consideradas como relaciones sociales”<sup>410</sup>.

En lo que respecta al lugar que ocupa la mujer en dicha sociedad heterosexual, Lévi-Strauss, en su estudio, refiriéndose al intercambio de mujeres entre clanes patrilineales por medio del matrimonio –en las “Estructuras

---

<sup>409</sup> WITTING, op. cit., p. 22

<sup>410</sup> *Ibíd.*, p. 25.

elementales del parentesco”–, sostiene que dicho intercambio no sólo cumple una labor funcional, facilitando el comercio entre clanes, sino que también cumple un rol simbólico, de modo que cada clan se diferencia de otro mediante este rito<sup>411</sup>.

A propósito de lo anterior, Butler sostiene que “las mujeres son y no son el signo patronímico, desprovisto de significante patronímico mismo que portan”<sup>412</sup>, de modo que las mujeres carecen de identidad dentro una economía falo(go)céntrica, en donde el significante es el masculino, cuya estrategia de dominio y ampliación requiere que la mujer constituya no identidad, sino un término de relación que diferencia y a la vez establece vínculos entre los diversos clanes con una identidad patrilineal común, pero internamente diferenciada<sup>413</sup>.

La economía falo(go)céntrica requiere de una ontología binaria de diferenciación sexual, en la medida que el medio por el cual los hombres se vinculan entre sí es el otro(a), quien permite reflejar y representar la identidad masculina, pero nunca constituye por sí mismo(a) una identidad propia.

El planteamiento anterior permite sugerir que en la base de este intercambio se encuentra un deseo *homosocial*, es decir, un especial interés por desarrollar un vínculo entre los hombres a través del intercambio heterosexual.

---

<sup>411</sup> BUTLER (2007), op. cit., p. 107.

<sup>412</sup> Loc. cit.

<sup>413</sup> *Ibíd.*, p. 109.

Dicho deseo determina –finalmente– que la relación de reciprocidad se desarrolle entre hombres, no así entre hombres y mujeres, ni mucho menos entre mujeres.

En el contexto de una economía falo(go)céntrica, cabe preguntarse qué rol cumple la prohibición de la sodomía y su refuerzo a través de la prohibición penal.

En primer lugar, y como ya expusimos, resulta incontrovertible el que bajo la prohibición de la sodomía sólo resulta proscrito el contacto homosexual masculino. Ello porque la cultura sexual ha entendido que el paradigma de relación sexual (heterosexual) está constituida por la actividad penetrativa. Luego, incluso en el contacto sexual homosexual se requiere la penetración para entender que dicha acción lúbrica es una expresión sexual.

Dicha preeminencia de la penetración como expresión sexual, o más bien del falo como significante sexual, se traslada al ámbito jurídico, de modo que las acciones típicas que configuran los tipos penales relativos a los delitos sexuales también se interpretan en el sentido de penetración. Así ocurre, por ejemplo, con la expresión “yacer”, utilizada por el Código Penal de 1875, y con la expresión “acceder carnalmente”, utilizada por nuestra legislación penal vigente.

De acuerdo con lo anterior, es posible proponer que la prohibición de la sodomía en el contexto de la vigencia del paradigma falo(go)centrista es una expresión misógina, toda vez que oculta –tras el reconocimiento de la

homosexualidad masculina– la vinculación sexual entre mujeres. Y es que la atribución al falo de la calidad de significante privilegiado determina que la calidad sexual del acto quede sujeta a la intervención masculina en él. Luego, el lesbianismo, como expresión sexual, es silenciado y disminuido.

De este modo, el sistema jurídico se compromete con el reconocimiento de la agencia sexual masculina, en desmedro de la agencia sexual femenina.

Dicho compromiso puede identificarse asimismo en la configuración de los restantes delitos sexuales, particularmente tratándose del delito de violación. Coughlin señalaba que la configuración del delito de violación naturaliza la diferencia sexual entre hombres y mujeres, favoreciendo la caracterización de éstos como sexualmente complementarios, y destacando la agencia sexual masculina, de modo que son los hombres quienes parecen perseguir el contacto sexual con las mujeres, mientras que la autonomía de las mujeres se reduce a la capacidad de aceptar o rechazar un contacto sexual.

Luego, la violación (el delito) se configura como un límite a la agencia sexual masculina en pos de resguardar la autonomía sexual femenina. En este punto cabe preguntarse qué grado de autonomía posee un sujeto a quien se le garantiza un ámbito de acción a través de la reducción o limitación de la agencia de otro sujeto. La protección de la libertad sexual, más bien, parece ser un reconocimiento y validación explícitos del paradigma falo(go)centrista.

Una segunda consideración respecto del delito de sodomía consiste en plantear derechamente que el fundamento de protección detrás de la

prohibición de dicha conducta se relaciona exclusivamente con el carácter homosexual del acceso carnal. Así se resulta, por una parte, de la constatación que el acceso carnal penado por el artículo 365 del Código Penal no requiere de la concurrencia de algún “indicador de vulnerabilidad específica” –a decir de Mañalich– en el ejercicio de la autonomía de los menores de edad (como podría serlo alguna de las circunstancias de comisión del delito de estupro) y, por otra, del hecho que tratándose de varones menores de 14 años, respecto de los cuales cabría aún predicar aquella cierta vulnerabilidad sin necesidad de la concurrencia de los referidos indicadores, dicha posibilidad ya se encuentra debidamente prevista y sancionada –a título de violación– por el artículo 362.

Evidentemente la calificación de la penalización de la sodomía como homofóbica no resulta novedosa, sin embargo, es interesante verificar que dicho rechazo se funda, también, en la misoginia. En efecto, esta configuración del delito de sodomía valida una ontología sexual en donde la vinculación entre los géneros no es recíproca, puesto que desconoce e invisibiliza la relación entre el género femenino, al ocuparse únicamente de reprimir la homosexualidad masculina.

Por otra parte, en la economía falo(go)centrista el vínculo entre los varones se produce a través del intercambio heterosexual, de modo que la relación homosexual entre varones no es reconocida como un medio de vinculación entre ellos. Luego, pudiera también considerarse que el hecho que

en la relación intervengan dos hombres supone –necesariamente– que uno de ellos tome el rol pasivo reservado en la vinculación heterosexual a la mujer.

Así también, desde el mismo punto de vista, el hecho que la unión se produzca entre dos hombres impide asimismo la verificación de la estructura binaria básica de significante/significado.

Finalmente, en lo que respecta a la hipótesis defendida en el presente estudio, creemos que –como lo expresa Witting– mientras las diferencias entre los sexos sigan pareciendo datos, algo que está ahí naturalmente, precediendo a cualquier pensamiento, no habrá dialéctica ni cambio de movimiento. Sin embargo, lo anterior no debe necesariamente desembocar en la búsqueda de un nuevo paradigma, ni en la definición de nuevos términos o nuevos significantes, como tampoco en la conceptualización de lo que debemos (podamos) llamar “mujer”, sino por el contrario, “el feminismo ha tenido que deshacerse de la suposición de que podemos estar todas de acuerdo sobre algunas cosas o, dicho de otra forma, ha asumido que cada uno de nuestros valores más preciados están siendo disputados y que continuarán siendo zonas políticas disputadas [...]. Es precisamente en el decurso del compromiso y de la práctica política que éstas formas de disensión interna emergen”<sup>414</sup>, y es esto lo que permite justamente la mantención del feminismo como movimiento.

---

<sup>414</sup> BUTLER (2012), op. cit., p. 250.

De esta forma, no se trata de anunciar el fin de la diferencia sexual, porque incluso quienes se oponen a ella lo hacen argumentando desde la misma estructura que hace posible el argumento, sino que de mantener una constante interrogación hacia ella, entendida como una de las tantas estrategias de disciplinamiento que atraviesa nuestros cuerpos.

Y es que, si tal como dice Foucault, no es posible escapar del poder, la mejor resistencia será –entonces– interrogar al poder tanto como sea posible, de modo de ser conscientes de los distintos discursos de los que se sirva para extender su dominio, evitando con ello ignorar que somos nosotros a través de nuestros propios discursos quienes en definitiva lo reproducimos.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AQUINO, T. de. 1998. 2<sup>da</sup>. ed. La suma teológica. Cuestión 153. Madrid, Biblioteca de autores cristianos.
2. ARANCIBIA, A. 1966. La figura delictiva del artículo 365 del Código Penal. En: SEMINARIO DE Derecho Penal y medicina legal N° 6. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile.
3. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho (Valdivia), Chile. v. VIII, suplemento especial agosto de 1997: 73-94.
4. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A (Comp.). 2000a. Delitos contra la autodeterminación sexual: [Apuntes de la cátedra de Derecho Penal parte especial]. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
5. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2000b. En: Delitos contra la libertad: [Material de estudio curso de Derecho Penal, parte especial]. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

6. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2001. Delitos contra autodeterminación sexual: [Material de estudio curso de Derecho Penal, parte especial]. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
7. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. (Comp.) 2007. Delitos contra la autonomía sexual: [Apuntes de la cátedra de Derecho Penal, parte especial]. Santiago, Chile: Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho.
8. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2009. El Derecho Penal sexual moderno: ¿Afirma seriamente lo que dice?. Derecho y sexualidades. Librería ediciones.
9. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2011. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, ROL N° 1683–2010). Estudios Públicos (124): pp.114-137.
10. BRUNDAGE, J. A. 2000. La ley, el sexo y la sociedad cristiana de la época medieval. 2<sup>da</sup> ed. Traducción Mónica Utrilla de Neira. México, Fondo de la Cultura Económica.
11. BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2009. Curso de Derecho Penal. 2<sup>a</sup> ed. Santiago, Chile, Legal Publishing. t. III.
12. BUTLER, J. 2007. El género en disputa. Traducción María Antonio Muñoz , Barcelona, Paidós.
13. BUTLER, J. 2012. Deshacer el género. 4<sup>ta</sup> ed. Traducción Patricia Soley – Beltrán. Buenos Aires, Paidós.

14. CABRILAC, R. 2009. Las codificaciones. Traducción Paulina Pulido, Claudia Bulnes. Chile, Flandes Indiano.
15. CARRARA, F. 1956. Programa de Derecho Criminal. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Temis.
16. CÓDIGO Penal de Chile. 1873-1874. Actas de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno; Proyecto del Código Penal Chileno. Santiago, Imprenta de la República.
17. COUGHLIN, A. 1998. *Sex and Guilt*. Virginia Law Review, 84 (1): 1-46, v. II.
18. DÍEZ, J. L. 1990-2000. El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual. Anuario de Derecho penal (1990-2000): 51–81.
19. ETCHEBERRY, A. 1965. Derecho Penal. Santiago, Carlos E. Gibs A. v. III.
20. ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho Penal Parte Especial. 3ª edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. t. III.
21. FOUCAULT, M. 2008. El orden del discurso. 1ª ed. 2ª reimpresión. Buenos Aires, Tusquets Editores.
22. FUENSALIDA, A. 1883. Concordancias i comentarios del Código Penal Chileno. Lima, Imprenta comercial, v. III.
23. GARRIDO, M. 2010. Derecho Penal Parte Especial. 4ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. v. III.

24. GUZMÁN, J. L. 1990-2000. Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile. Anuario de Derecho Penal (1990-2000): 201–248.
25. GROS, Frédéric. 2007. Michael Foucault. Trad. Irene Agoff. Buenos Aires, Amorrortu Editores.
26. HUERTA E. 1962. Derecho Penal indiano y su jurisprudencia: Delitos sexuales. Santiago, Editorial Universitaria.
27. IÑESTA, E. 2003-2004. El Código de 1874. Revista chilena de historia del derecho (19): 293- 328.
28. LABATUT, G. 1968. Derecho Penal. 5<sup>ta</sup> ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
29. LÉVI-STRAUSS C. 1991. Las estructuras elementales del parentesco. Barcelona, Paidós.
30. LUHMANN, N. 2008. El amor como pasión. Barcelona, Ediciones Península.
31. MALDONADO, F. 2003. Delitos contra la libertad sexual: tratamiento de la nueva regulación de delitos sexuales. En: DIPLOMADO PROBLEMAS actuales de derecho penal: 2001. Temuco, Chile, Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho.
32. MAÑALICH, J. P. 2014. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría

de las normas. Borrador de próxima publicación en *Ius et Praxis*. pp. 21-70

33. MAÑALICH, J. P. 2011. Ontología sexual y Derecho Penal. En: EN REVERSA. Primeras jornadas estudiantiles de Teoría de Género Universidad de Chile. Santiago, Editorial Párrafo.
34. NOVOA, E. 1946. El concepto de abusos deshonestos. Revista de Ciencias penales 8 (1): pp. 291-297.
35. NOVOA, E. 1948. Sodomía y abusos deshonestos. Revista de Ciencias Penales 10 (1): pp. 68-73.
36. PACHECO, J. F. 1849. El Código Penal concordado y comentado, Madrid, Imprenta de Santiago Saunaque, t. III.
37. POLITOFF, S., MATUS, J. P. y RAMÍREZ, M. C. 2005. Lecciones de Derecho Penal Chileno parte especial. 2ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
38. RIVACOBRA, M. de. 1874. Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal Chileno. Valparaíso, EDEVAL.
39. RODRÍGUEZ, L. 2000. Delitos Sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
40. RODRIGUEZ, L. 2016. Delitos sexuales. Reimpresión de 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

41. TOBAR, J. C. 1999. Violencia sexual: análisis de la nueva ley. Santiago, Chile, Pehuén.
42. WITTING, M. 2006. El pensamiento heterosexual. Traducción Javier Sáez y Paco Vidiarte. Madrid, Editorial Egales.

#### Fuentes Jurisprudenciales

1. Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 05 de julio de 2004, Rol N° 9686-2003.
2. Sentencia definitiva dictada por el Excelentísimo Tribunal Constitucional el 04 de enero de 2010 en el proceso Rol 1683-10-INA, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en los autos RUC 0800242317 – 1, RIT 1287 – 2008 sustanciados ante el Juzgado de Garantía de Cañete. [en línea] <[http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_expediente.php?id=22895](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=22895)> [consulta: 03 de octubre de 2011] [Consulta: 06 de octubre de 2011]
3. State of Kansas v. Matthew R. Limon, U.S N° 85,898 (2005) [en línea] <<http://www.kscourts.org/cases-andopinions/opinions/supct/2005/20051021/85898.htm>> [consulta: 11 de octubre de 2011]

## Fuentes legales

1. CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley N° 19.617. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación. “Diario Oficial”. Santiago, Chile, 12 de julio de 1999. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=138814&buscar=Ley+19617>> [consulta: 07 de octubre de 2011]
2. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.927. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. “Diario Oficial”. Santiago, Chile, 14 de enero de 2004. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=220055>> [consulta: 11 de octubre de 2011]
3. CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley N° 20.084. Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. “Diario Oficial”. Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=244803&buscar=Ley+20.084>> [consulta: 03 de octubre de 2011]

4. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto N° 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. “Diario Oficial”. Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 03 de octubre de 2011]
5. CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. “Diario Oficial”. Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1874. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>> [consulta: 05 de octubre de 2011]

#### Otras fuentes

1. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en los autos RUC 0800242317 – 1, RIT 1287 – 2008 sustanciados ante el Juzgado de Garantía de Cañete. [en línea] <[http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar\\_expediente.php?id=5777](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=5777)> [consulta: 03 de octubre de 2011]
2. BIBLIOTECA DEL Congreso Nacional. 1999. Historia de la Ley N° 19.617: Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y

otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación [en línea]

<[http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19617&anio=2014](http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19617&anio=2014)> [consulta: 23 de agosto de 2011].

3. GIL S. 2013. Filosofía de la diferencia y teoría feministas contemporáneas ¿Cómo pensar la política hoy?. Tesis doctoral. Madrid. Universidad Autónoma de Madrid. p. 66. Disponible en <http://kolectivoporoto.cl/wp-content/uploads/2015/11/López-Gil-Silvia-Filosof%C3%ADa-de-la-diferencia-y-teor%C3%ADa-feminista-contemporáneas.pdf>