



Facultad de Derecho

Universidad de Chile

Departamento de Ciencias Penales

Reconocimiento y derecho penal. Crítica al artículo 365 del Código Penal Chileno.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Ismael Figueroa Valdivia

Profesora guía: Rocío Lorca Ferreccio

Santiago de Chile.

2018

Índice.

1. Resumen	4
2. Introducción	4
3. Teoría del reconocimiento y su potencial frente al derecho.	8
i. La Lucha por el reconocimiento.	9
4. Derecho Penal y Reconocimiento.	13
i. ¿Qué implica la imposición de una pena?	14
ii. Exigencia de reconocimiento del delincuente como presupuesto de la pena.	17
iii. ¿Qué es la pena?	17
5. Análisis del sistema de los delitos sexuales y del artículo 365 del Código Penal Chileno.	23
i. Los delitos sexuales bajo el Código Penal Chileno.	23
a. Principios sistemáticos de la regulación de los delitos sexuales en el Código Penal Chileno.	23
b. ¿Cuál es el bien jurídico protegido por el sistema de los delitos sexuales en el Código Penal Chileno? Teorías dualistas y monistas.	27
c. Análisis del artículo 365 del Código Penal Chileno. Tipo, naturaleza y sujetos.	29
6. El sexo y el género como forma de opresión.	31
i. Género y Sexualidad. La performatividad del género.	32
7. ¿Cumple la prohibición del artículo 365 del Código Penal con el reconocimiento de los sujetos?	36
8. Conclusión y comentarios finales.	45
9. Bibliografía.	47

1. Resumen

La pregunta por la estructura y naturaleza del derecho penal (y las normas que lo componen) es un campo dogmático prolífico, en el cual han surgido una serie de teorías, las que buscan explicar racional y satisfactoriamente su necesidad, operatividad, contenidos y efectos. Es en este contexto que la *Teoría del Reconocimiento* constituye un interesante elemento en el cuál apoyarse y así intentar dar una explicación coherente a los diversos fenómenos producidos por las normas que determinan la imposición de determinadas consecuencias a los individuos por la realización de actos previamente descritos.

En consecuencia, este trabajo se valdrá de la explicación que la teoría del reconocimiento puede ofrecer sobre la naturaleza y operatividad de las normas penales. Una vez establecido este marco, buscaré determinar las exigencias que esta teoría impone en lo referente al trato que deben recibir las personas al momento de la creación de las normas penales y sus consecuencias, consideraciones que por lo demás se encuentran vinculadas profundamente a la justicia. Por consiguiente, el análisis teórico estará orientado a la búsqueda de estándares normativos impuestos por el reconocimiento, de cuya satisfacción depende la racionalidad o irracionalidad de las normas jurídico-penales. Para ello, se contrastará un específico delito contemplado en nuestra legislación -el artículo 365, que tipifica el llamado “delito de sodomía”- con los presupuestos teóricos previamente establecidos.

Estas exigencias, así como su posterior análisis, serán el elemento decisivo a la hora de argüir en contra de una norma penal existente. Por el contrario, las razones para la criminalización de determinadas conductas que hoy no se encuentran dentro del espectro de lo penal me parece – *a priori*- más compleja, pero no por eso dejaré de analizar la posibilidad.

2. Introducción.

Recientemente, el Tribunal Constitucional Chileno se ha vuelto a pronunciar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal Chileno.¹ Así, por medio de un “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, el mencionado Tribunal -mediante un fallo dividido, en dónde cinco de sus miembros estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad del mencionado artículo, y los restantes cinco por rechazar dicho

¹ (Sentencia ROL N°3205-17-INA, 2018)

requerimiento- ha vuelto a afirmar la constitucionalidad de la norma que prohíbe las relaciones sexuales consensuadas entre “dos varones”, uno mayor de 14 años y menor de 18, que consiente en ser accedido carnalmente por otro varón, mayor de 18 años. Tal decisión se alcanzó pues, al no haber acuerdo, el requerimiento debía ser rechazado, según la Constitución Chilena.

Más allá de ciertos problemas que dicha sentencia da por obvios, tales como el bien jurídico protegido por el sistema de los delitos sexuales bajo el Código Penal Chileno o si el llamado “delito de sodomía” puede ser cometido sólo por varones; es interesante evidenciar uno de los grandes problemas que ha tenido el legislador chileno, así como también el mencionado Tribunal Constitucional, consiste en valorar positivamente la dignidad de determinados grupos de personas -en este caso, las personas *gays*- a la hora de elaborar leyes y pronunciar sentencias, respectivamente.

A modo de resumen, el mencionado requerimiento de inaplicabilidad fue presentado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, quien decidió oficiar al Tribunal Constitucional, a efectos de que éste determinase si el artículo 365 resultaba acorde con la Constitución Chilena. En específico, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante requirió al Tribunal Constitucional sobre si el artículo 365 se ajustaba a determinados derechos protegidos por la Constitución Chilena. En lo atinente al presente trabajo, uno de los derechos a los cuáles el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante hizo referencia es la dignidad de las personas, asegurada en el artículo 1° de la Constitución Chilena.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Que, de acuerdo a lo expresado, no resulta sostenible argumentar que la tipificación del delito de sodomía que castiga el acceso carnal a un menor de dieciocho años de edad, como ocurre en la especie, infrinja la dignidad humana a que alude el inciso primero del artículo 1° de nuestra Carta Fundamental.

Por el contrario, la intención del legislador -claramente manifestada en el debate legislativo correspondiente- da cuenta de que lo que se ha tratado es de proteger a los menores de edad que son accedidos carnalmente por otro sujeto del mismo sexo y mayor de edad, es decir, penetrados analmente (y también bucalmente, según algunos autores), sin que exista en dichos menores la

capacidad para dimensionar los efectos de consentir en tal acto como exige la protección de la indemnidad sexual.

De esta forma, el legislador ha obrado en protección de la dignidad que todo menor de edad requiere en cuanto integrante de la especie humana (...).²

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que el legislador ha sido negligente en la protección de la indemnidad sexual de las personas menores de 18 años, pues, a su juicio, no existe en las mencionadas personas la capacidad para dimensionar los efectos de consentir en el acto sexual. Así, y salvo por el artículo 365 del Código Penal Chileno, el sistema de los delitos sexuales en dicho cuerpo legal no cumple con el estándar internacional, mandatado entre otros instrumentos internacionales por la Convención de los Derechos del Niño, de proteger la dignidad de las personas menores de 18 años.

Este argumento es utilizado a lo largo de todo el mencionado fallo, para fundamentar el rechazo de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mencionado precepto legal. Sin embargo, es necesario mencionar que cinco de los miembros de dicho tribunal estuvieron por acoger el requerimiento del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, lo que es digno de resaltar.

Mi opinión es completamente contraria a la enunciada por el Tribunal Constitucional. Al revés de lo enunciado por dicho tribunal, lo que precisamente el artículo 365 del Código Penal Chileno deja de hacer es reconocer la dignidad de un determinado grupo de personas. El legislador chileno -con justa razón- ha establecido un sistema de protección de la indemnidad sexual de las personas, el cuál se explicará en profundidad en el capítulo “Análisis del sistema de los delitos sexuales y del artículo 365 del Código Penal Chileno” de este trabajo. Bajo este sistema, las personas pueden consentir libremente en realizar cualquier acto sexual a partir de los 14 años, siendo la única excepción aquellas personas -de entre 14 y 18 años- que consienten en ser accedidas carnalmente por una persona de su mismo sexo, mayor de 18 años. Mi impresión es que esta diferencia es insostenible, tanto recurriendo a argumentos constitucionales³; así como también recurriendo a argumentos filosóficos emanados de la Teoría del Reconocimiento. En este

² (Sentencia ROL N°3205-17-INA, 2018) Considerando 14°.

³ Para un mayor desarrollo acerca de argumentos constitucionales respecto a la inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal Chileno, ver: (Bascuñán Rodríguez, y otros, 2011)

trabajo, se utilizará esta última teoría para afirmar la irracionalidad de la pena impuesta por el artículo 365 del Código Penal Chileno. Así, una de las conclusiones del presente trabajo es que dicha consecuencia jurídica no puede ser calificada estrictamente como una “pena”, sino que más bien como una forma de ejercicio ilegítimo del poder estatal.

Para conseguir el fin propuesto precedentemente, “la teoría del reconocimiento” puede entregar importantes luces respecto al trato recibido por las personas en nuestra legislación, y en específico respecto del delito de sodomía. Para ello, utilizaré la concepción elaborada por G.W.F. Hegel. Por medio de ella lo que busco es una comprensión ética del problema, es decir, abogar por el reconocimiento del delincuente como persona y como un igual, dentro del derecho penal. De esta forma, la aplicación de las normas penales y la imposición de la pena debe implicar el reconocimiento del sujeto que es objeto de la imposición de la pena. En palabras de Mañalich, “(...) la imposición de la pena sólo puede justificarse retrospectivamente, como un reproche institucionalizado por un déficit de fidelidad al derecho, de modo que ella no puede implicar la negación de reconocimiento a quien la sufre”.⁴ En consecuencia, la imposición de una pena debe buscar el reconocimiento de quien la sufre, de tal forma que su imposición signifique reconocerlo como persona capaz de seguir al derecho, pero que en ejercicio de su libertad ha optado por no hacerlo. Para ello, es crucial que dicho sujeto sea considerado como un *otro*, en el sentido de *ser uno más de nosotros*, pues sólo en tanto es uno de nosotros podrá ser reprochado (castigado) por su conducta. En el caso contrario, cualquier medida impuesta sobre el sujeto no podría ser considerada como pena, sino que, como cualquier otro tipo de medida coactiva, como una medida de seguridad, por ejemplo.

Finalmente, la estructura del presente trabajo iniciará primero por analizar “la teoría del reconocimiento” y su potencial frente al derecho, en dónde se explicará en qué consiste la mencionada teoría, y sus implicancias con respecto a la forma de comprender las normas jurídico-penales. En el siguiente capítulo del presente trabajo, se abordará la relación entre la teoría mencionada y el Derecho Penal, específicamente determinado qué es la pena bajo la concepción propuesta. Posteriormente, se analizará el sistema de los delitos sexuales en el Código Penal Chileno, de tal forma de poder contextualizar al delito de sodomía bajo dicho sistema; así como los bienes jurídicos protegidos por aquellos delitos. Luego, se hará una mención general a la *teoría*

⁴ (Mañalich, Pena y Ciudadanía, 2011, p. 116)

performativa del género de Judith Butler, de tal forma de poder señalar la importancia de la sexualidad y su desarrollo en la vida de las personas. Finalmente, se argumentará a favor o en contra del delito de sodomía, con los elementos recogidos a lo largo de la exposición.

3. Teoría del reconocimiento y su potencial frente al derecho.

En el presente capítulo, intentaré exponer brevemente las principales características de la concepción que Hegel elaboró sobre el reconocimiento -exposición que se basará en el trabajo de Axel Honneth- además de explicar por qué esta teoría resulta apropiada cómo una forma de evaluación y, eventualmente, crítica al derecho (en general) y, en particular, a algunas de las normas que lo componen.

El concepto del reconocimiento ha jugado un importante papel en la filosofía desde hace al menos dos siglos. De hecho, ha servido como una forma de explicar la formación y la naturaleza de las relaciones humanas y de nuestra vida en comunidad. De esta manera, la formación de las normas (afectivas, morales, jurídicas) sería producto de la interacción entre los distintos agentes que componen dicha comunidad, y no de un acuerdo generalizado en que cada uno de nosotros cede una porción de su libertad para vivir en sociedad (cómo es propuesto por teorías contractualistas). La importancia de esta constatación consiste en resaltar la naturaleza práctica del reconocimiento, lo que será sumamente relevante en los siguientes capítulos de este trabajo, pues dicha naturaleza genera consecuencias que serán centrales en mis objetivos.

El primero en constatar esta naturaleza práctica, además de introducir el concepto “reconocimiento” a la filosofía moderna, fue J.G. Fichte. Éste entendía al reconocimiento como una relación mutua entre dos autoconciencias, que se auto limitan de tal forma de garantizar la posibilidad de autodeterminación del otro⁵. De esta forma, la libertad de cada individuo se fundamenta en tanto su contraparte lo reconoce como otro ser autoconsciente, es decir, como otro capaz de guiar sus propios actos; y para asegurar dicha autodeterminación, ambos deben limitarse: la libertad de cada individuo entonces se basa en la relación que puede tener con los demás.

⁵ (Siep, 2010) “Fichte understands recognition as the mutual relation between self-conscious individuals, who limit their own realm of action to grant the possibility of self-determined actions to the other”. Pág. 107.

Hegel toma como punto de partida esta concepción temprana de reconocimiento, aunque transforma radicalmente su forma de entenderla: ya no nos encontramos ante un “momento”, sino que, por el contrario, el reconocimiento sería una actividad o movimiento, en el que los sujetos no sólo se reconocen al interactuar mutuamente, sino que, a su vez, deben luchar y poner a disposición su vida para ser reconocidos. Además, para Hegel el movimiento completo es teleológico, lo que significa que éste se encuentra estructuralmente predeterminado a un cierto resultado (a saber, el reconocimiento recíproco de los involucrados); además de dialéctico: se produce por sucesivas negaciones y afirmaciones producidas entre sujetos, entre un sujeto y una comunidad, y entre comunidades⁶.

i. La Lucha por el reconocimiento.

En su *Lucha por el reconocimiento* Axel Honneth nos expone la forma en que el Hegel de la *Filosofía del Espíritu* enuncia su concepción de cómo se reconocen los sujetos entre ellos. ¿Y cómo lo hace? Reinterpretando el concepto –instaurado por Thomas Hobbes- de *lucha de todos contra todos*, pero ya no por la supervivencia individual -inherente al Estado de Naturaleza propuesto por él, sino que por el contrario, como una lucha por el reconocimiento recíproco no sólo entre dos sujetos (como la concepción Fichteana), sino que además el reconocimiento de un sujeto dentro de una determinada comunidad. Así, Hegel “(...) establece una teoría del reconocimiento como un ‘movimiento’, que incluye varias etapas diferentes de la formación de la autoconsciencia, así como también diferentes etapas de la historia cultural humana”⁷.

La primera etapa de este movimiento se produce al interior del clan o familia, y este tipo de reconocimiento está dado por relaciones de afecto⁸. A este primer estadio Hegel lo denomina “eticidad natural”, es decir, una forma de reconocimiento dado aún en un núcleo cerrado, en que los sujetos son parcialmente reconocidos por sentimientos, tales como el afecto. Para superar este estadio de reconocimiento -que es necesario superar para alcanzar el reconocimiento de los demás (fuera del clan o familia)- los sujetos deben salir de dicho espacio, embarcándose en una disputa que no consiste en la búsqueda de su auto-conservación física (que ya está dada dentro de su clan

⁶ *Ibidem*. Pág. 109. “Hegel understands the relations of recognition on both levels as dialectical, in the sense that every party at the same time postulates and negates the other (constituting itself through the negation)”.

⁷ (Siep, 2010, pág. 107, traducción del autor.)

⁸ “En la relación ‘padres e hijos’, una de las ‘interacciones generales y de educación de los hombres’, los sujetos se reconocen recíprocamente como seres que se aman, necesitados de emoción afectiva; la parte de la personalidad individual que se encuentra reconocida por el otro es el ‘sentimiento práctico’, la dependencia del singular en cuanto a los dones y bienes necesarios para la vida.” (Honneth, 1997, pág. 30)

o familia), sino que más bien en el reconocimiento de los diversos aspectos que son propios de su personalidad (el ejemplo otorgado por Hegel es la capacidad de adquirir propiedad: el sujeto “no reconocido” pretende que el otro reconozca que la cosa X es de su propiedad; pero por medio de dicho acto, también está reclamando ante el otro que él es un sujeto con la capacidad de adquirir propiedad). De esta forma, el enfrentamiento por el reconocimiento es de índole práctica, es decir, sólo puede ser llevado a cabo por dos o más sujetos.⁹

Este giro dado por Hegel dota al reconocimiento de una cualidad esencial a las “relaciones de reconocimiento” surgidas del movimiento: la humanidad de los sujetos –es decir, su personalidad y sus peculiaridades- se encuentra al centro de ellas.

Que este movimiento tenga como objeto el reconocimiento de la individualidad humana dice relación con el motivo que lleva a enfrentarse a los sujetos: un especial tipo de ofensa. Esta consiste en la negación de alguno de los aspectos de la personalidad –concebidos de forma primitiva- de un sujeto (por ejemplo, un derecho) quien, “en la expoliación de otra persona, (...) conculca voluntariamente la norma general de reconocimiento ya conformada en las condiciones del establecimiento de relaciones jurídicas¹⁰.

Esta primera agresión a la personalidad de una de las partes es llevada a cabo por un interés particular como, por ejemplo, apropiarse de la propiedad de otro. Es esta particular ofensa la que motiva el inicio de la “lucha”: mientras un sujeto niega la capacidad del otro de tener propiedad –siguiendo con el ejemplo-, el ofendido reacciona enfrentándose al ofensor, pero de una forma distinta, y en la cual sólo él puede resultar victorioso.

El ofendido es el único que estructuralmente puede referir el enfrentamiento a sí mismo como personalidad: no sólo reivindicará su derecho, sino que además “la integridad de su persona como un todo”¹¹, es decir, su resistencia está encaminada no sólo al reconocimiento de uno de los aspectos de su personalidad -su “derecho” a tener propiedad, primitivo aun-, sino que, a su calidad de individuo capaz o susceptible de tener y adquirir derechos. Por el contrario, el ofensor

⁹ (Honneth, 1997, pág. 28 y 29). “los sujetos deben abandonar y superar las relaciones éticas en que originariamente se hallan porque no encuentran plenamente reconocida su identidad particular (Familia), entonces la lucha que de ahí se deriva no es un conflicto por la auto conservación física, es más bien uno de índole práctica que estalla entre los sujetos, un acontecimiento ético, en tanto que tiende al reconocimiento subjetivo de las dimensiones de la individualidad humana.”

¹⁰ (Honneth, 1997, pág. 33)

¹¹ (Honneth, 1997, pág. 34)

no puede referir, estructuralmente hablando, la resistencia a su integridad como persona, pues su motivación es puramente personal ¹². Esta parte del movimiento opera como una negación recíproca entre los involucrados, es decir, como una relación dialéctica. El ofensor, al negar la personalidad del ofendido, no sólo está negando al ofendido, sino que además está negándose a sí mismo: por ello el movimiento es teleológico, pues el único que puede salir victorioso es el ofendido -pues reafirma su personalidad como un todo.

Es en este sentido que corresponde poner de relieve la importancia de la ofensa, pues niega alguna de las cualidades de los individuos; de tal forma que el ofendido no es reconocido como individuo por el ofensor. Pero esta es sólo la primera parte del movimiento: la reacción del ofendido no puede tomar otra forma que un desafío a muerte pues, a diferencia del ofensor -que simplemente actúa motivado por un interés personal- el ofendido se enfrenta en defensa de su honor.

La forma en que Hegel concibe al honor es el posicionamiento del individuo ante sí mismo: “honor es la posición que adopto frente a mí mismo cuando identifico positivamente mis cualidades y mi especificidad”¹³. Ahora, la pregunta es: ¿por qué hablar entonces de un conflicto a muerte? Hegel cree que esta es la forma en que la auto-relación positiva de los sujetos depende del reconocimiento de otros sujetos: “(...) un individuo adquiere plena identificación consigo, en la medida en que sus especificidades y cualidades encuentran aliento y respaldo de parte de sus socios de interacción social”¹⁴.

Por consiguiente, el reconocimiento entre los sujetos –hablaré de ofensor y ofendido para ilustrar el punto- dependen crucialmente de la valoración que tenga el ofensor de la especificidad y cualidades del ofendido. Y la única forma que tiene el ofendido para obtener dicha valoración positiva, o dicho de otra forma, el reconocimiento del ofensor, es el desafío a la muerte, pues “(...) sólo porque estoy dispuesto a morir, doy públicamente a conocer que mis objetivos y

¹² Honneth describe así el punto: “El resultado de la lucha desencadenada por estas pretensiones, para Hegel ya está estructuralmente decidido, porque sólo una de las dos partes escindidas puede referir la amenaza, de manera ilimitada, a sí misma en tanto que personalidad, porque sólo el sujeto lesionado, en su resistencia, lucha por la integridad de su persona como un todo, mientras que el delincuente, en su acción, es movido simplemente por la imposición de un interés particular. Por eso, sólo el primero, como Hegel concluye con rapidez, “conserva su superioridad” en la lucha ya que de “la lesión corporal hace la cosa de toda su personalidad” (Honneth, 1997, pág. 34).

¹³ *Ibidem*, pág. 35

¹⁴ (Honneth, 1997, pág. 35)

especificidades individuales cuentan más que mi supervivencia física”.¹⁵ De esta manera, el ofendido desafía al ofensor, y en el combate entre sus dos posiciones (ofensor por su interés personal, el ofendido en su totalidad) es el ofendido quien tiene la ventaja, pues sin el reconocimiento de su honor, su personalidad no tiene sentido o valor, por otra parte, el ofensor y su interés personal no son suficientes para poner su vida a disposición. De esta forma, “esto significa que, en alguna manera, todo ser autoconsciente tiene su identidad en otro ser autoconsciente. Le atribuye las capacidades de consciencia a este otro ser, quien confirma sus propias características de ser consciente”¹⁶.

Ambos sujetos involucrados terminan por ser reconocidos recíprocamente, a raíz de su enfrentamiento mutuo. Es decir, cada uno de los sujetos reconoce al otro como una individualidad en sí misma, capaz de sostener una personalidad que se caracteriza por una serie de peculiaridades o particularidades, tales como el gusto por el color anaranjado, así también como por su capacidad de formar relaciones amorosas, de poseer una determinada orientación sexual, etcétera. Además, si esto es correcto, hay un ámbito en la determinación que cada sujeto hace de su vida en la cual los demás no tienen injerencia, pues de lo contrario, la interferencia de cualquier otro sujeto (sobre la capacidad de determinación que cada sujeto posee sobre aspectos de su propia vida) implicaría su no reconocimiento. En otras palabras: de acuerdo con lo expuesto, el no reconocimiento de algún aspecto particular de un sujeto supone negar algún aspecto de su personalidad, lo que equivale a negar su “estatus” de sujeto. ¿La no consideración de cualquier aspecto de su personalidad, supone la negación total del “estatus” de sujeto? Sin duda que no. Por ejemplo, no reconocer a un sujeto como un fanático de un determinado equipo de fútbol no es equivalente a no reconocer su orientación sexual. La importancia de uno u otro aspecto dependerá crucialmente de cuáles son las características de la personalidad, lo que será explorado más adelante.

En el ámbito jurídico, y siguiendo con el ejemplo propuesto por Hegel (es decir, propiedad) una norma que prohíba a las personas extranjeras adquirir propiedades en suelo chileno significaría negar un aspecto importante de su personalidad: su aptitud, en cuanto personas, de adquirir propiedad. De esta forma, no sólo se les prohibiría adquirir propiedad, sino que también se los negaría en tanto sujetos, pues los sujetos son capaces de adquirir propiedad.

¹⁵*Ibidem.*

¹⁶ (Siep, 2010, pág. 109)

En consecuencia, la norma del ejemplo es una forma de opresión ilegítima; además de no poder ser explicada de forma racional.

4. Derecho Penal y Reconocimiento.

La “lucha por el reconocimiento” tiene como resultado, además del reconocimiento recíproco de sus partícipes, su asunción también como agentes morales. Esto quiere decir que, además de ser reconocidos en su individualidad y a propósito de una determinada disputa (por ejemplo, por la propiedad de una cosa), también son reconocidos como sujetos iguales a los demás. Esto supone considerar que son individuos y, en tanto tales, capaces de adquirir propiedad. Finalmente, su “voluntad libre” también resulta reconocida: por ello es que es importante notar que el movimiento del reconocimiento tiene un resultado predeterminado: una voluntad se impone sobre la otra porque se reivindica a sí misma como voluntad, lo que se hace explícito a través de la “lucha a muerte” descrita en el capítulo anterior. De esta manera, un sujeto le hace saber al otro que ser reconocido en tanto tal vale más que su vida, pues es la única forma que tiene para reivindicarse (a él mismo y a su libertad) ante el otro como una individualidad.

A consecuencia de esta lucha, se establecen expectativas de comportamiento sobre el actuar de los sujetos, es decir, se les impone el deber de actuar en conformidad a las normas que surgen de la “lucha por el reconocimiento”. Toda actividad que vaya en contra de dichas normas, podría ser calificada como inmoral, además de desencadenar el conflicto por el reconocimiento ya explicado. Pero, a la vez, una forma particular de asegurar este reconocimiento entre los sujetos es por medio del establecimiento de reglas reforzadas de alguna forma. Es en este contexto que entiendo a las normas jurídicas, como reglas reforzadas coactivamente, es decir, susceptibles de ser impuestas por la fuerza y con ello, condicionar la actividad de un agente. Pero lo interesante no es sólo su coercitividad, sino que a la vez representan un estándar de comportamiento para los sujetos, emanado desde la propia praxis generalizada. En este sentido, el derecho y sus reglas constituyen para los sujetos razones para su accionar, es decir, el derecho -por decirlo de alguna forma- espera que los sujetos ajusten su comportamiento a sus reglas. Esta vinculatoriedad no es

puramente fáctica: estas reglas reclaman aplicación sobre los sujetos en tanto miembros de la comunidad de la cuál emanan, es decir, reglas que puedan reconocer como suyas.¹⁷

Según Kindhäuser, el reconocer a un sujeto como agente moral supone que éste está capacitado para cumplir con prestaciones obligatorias, pero sin la garantía de que las cumpla. Por ello, la confianza es el punto central del reconocimiento del otro como agente moral¹⁸. Sobre este punto volveré más adelante, pero lo que quiero recalcar es que el reconocimiento del otro supone entenderlo como un “agente libre”, y debido a ello, susceptible de quebrantar las expectativas normativas impuestas sobre él. Sin embargo, la imposición de la pena -si bien supone coartar la libertad del agente- se fundamenta en su propia libertad, pues se le castiga por no cumplir con la expectativa que pesaba sobre él; pero a su vez se le debe reconocer su libertad de elección, sobre si seguir o no la norma. De hecho, para que podamos considerarla “pena”, debe precisamente reconocerlo como un sujeto capaz de guiarse por su propia voluntad.

i. ¿Qué implica la imposición de una pena?

Para Hegel, la violencia o fuerza son abstractamente injustas¹⁹, pues la voluntad particular tiene su fundamento en la libertad general. De tal forma, la violencia o la fuerza “se destruyen a sí mismas en su concepto, como manifestación de una voluntad”²⁰. Esto quiere decir que, si se ejerce violencia o fuerza sobre otro, esta capacidad de ejercitar dicho acto violento se fundamenta en la libertad del ofensor: así, la violencia es contradictoria y, en consecuencia, injusta. Si el ejercicio de un acto violento por parte de un agente se explica en su libertad, la única forma de anular dicha violencia es por medio de otro acto violento, de tal forma que ambos actos se anulen recíprocamente²¹. Por ello, para Hegel el derecho es *derecho de violencia*²², pues está orientado a la

¹⁷ En ese sentido: “En este contexto, el derecho penal tiene por objeto el restablecimiento coercitivo de la vigencia de aquellas normas que son comunes a los miembros de la comunidad, *en tanto miembros de la comunidad*. Y esto significa: las normas cuyo comportamiento imputable es punitivamente reprochable son normas que el ciudadano llamado a responder por ese quebrantamiento ha de poder ver como *suyas*.” (Mañalich, Retribución como Coacción Punitiva, 2010, pág. 53)

¹⁸ (Kindhäuser, 2011, pág. 40)

¹⁹ (Hegel, 2002, §93)

²⁰ *Ibidem*, §92

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*, §94.

anulación de la primera violencia. Esto quiere decir que un atentado contra el Derecho es un atentado contra la existencia de mi libertad, y de la libertad en general²³.

Bajo el presente esquema, lo anterior cobra especial relevancia: el delito consiste en la negación del “derecho en cuánto derecho²⁴”, es decir, no sólo corresponde a, por ejemplo, la apropiación de una cosa; sino que además supone negar la capacidad jurídica de quién es dueño de la cosa, y, en consecuencia, negarlo en tanto sujeto. Dado su carácter de injusto, la única forma de anular o repeler el acto es por medio de una *segunda violencia*, es decir, por medio de la reafirmación del derecho, en el cual se plasma la voluntad general. Esta reafirmación del derecho, en el ámbito del derecho penal, consiste imposición de la pena. Pero esta segunda vulneración no sólo es objetiva, en el sentido de repeler la acción, sino que también subjetiva, es decir, “la existencia de la vulneración es sólo en cuanto voluntad individual del delincuente”²⁵. En consecuencia, la pena no sólo es impuesta teniendo en cuenta la vulneración del derecho en tanto derecho, sino que a la vez es impuesta atendiendo a la condición de miembro de la comunidad del delincuente, lo que quiere decir que también es penado en atención a que su vulneración del derecho es eficaz (es decir, su accionar es eficaz), pues es reconocido como un agente libre.²⁶ O mejor dicho: es un sujeto que ha defraudado la confianza impuesta sobre él, considerado como un agente libre (es decir, su capacidad de cumplir con prestaciones obligatorias), pero a su vez es reconocido como un sujeto que es capaz de defraudar dicha confianza: la pena le es impuesta en tanto agente libre; cancelando, pero a la vez reconociendo su voluntad y libertad.

Sin embargo, de esta “anulación” de la voluntad libre del delincuente no se vuelve al *status quo* anterior, sino que, la pena sería una forma de “superación” del *impasse* producido por el ejercicio violento de la libertad del delincuente. Sin embargo, y para comprender cabalmente el estatus de dicha “superación”, es crucial comprender lo que Bascuñán llama “[l]a correcta consideración del delito”²⁷, y dicha comprensión consiste en “(...) comprender su sentido profundo como negación del derecho”²⁸. Esta negación no operaría como una forma de supresión

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, §95.

²⁵ *Ibidem*, §99.

²⁶ Mañalich explica el punto de la siguiente forma: “(...) la justicia de la pena no sólo concierne al hecho de que ella sea justa en sí misma, sino también que ella sea justa por referencia a la propia voluntad del criminal que sufre la punición. Por eso, la imposición de la pena es un derecho del criminal.” (Mañalich, Beccaria: la pena como exclusión, 2011)

²⁷ (Bascuñán Rodríguez, Delito y pena en la filosofía del derecho de Hegel, 1997, pág. 298)

²⁸ *Ibidem*.

lógica, sino que, por el contrario, cómo una oposición a una primera oposición. En otras palabras, la pena es la oposición a la negación del derecho en tanto derecho, es decir, al delito.

De esta forma, el delito no sólo implica un desafío particular al derecho; sino que la conducta transgresora muestra, y -a la vez- debe mostrar un especial estatus: debe ser una conducta reprochable para el sujeto que la ejecuta, pues sólo en la medida en que esta condición es observada es que podemos hablar de una expectativa defraudada.

La imposición de la pena debe tener como consecuencia el reconocimiento del delincuente como voluntad libre, voluntad a su vez fundamentada en la existencia de la libertad general; o sea, el delincuente es reconocido como sujeto que puede actuar libremente, pero no por eso dejar de cumplir el derecho. Por ello, no se impide su actuación, sino que se la anula por medio de la segunda violencia (la pena). Por el contrario, lo que el derecho espera de los agentes libres es el reconocimiento de sus normas cómo vinculantes para su accionar (es decir, sus normas cuentan como estándares de comportamiento para con quienes integran la comunidad a la que pertenecen dichas normas). Sin embargo, la forma mediante la cual el derecho busca imponerse sobre la voluntad particular es mediante su oposición a la conducta transgresora, mediante la imposición de una sanción: la pena. Esto hace que “(...) el delito, como actualización de la posibilidad del no-derecho, hace posible la autoafirmación del derecho. La necesidad del derecho encierra, por ende, la necesidad del delito”²⁹. Es decir, el delito es la manifestación de la voluntad particular del delincuente quien, mediante su accionar, niega la obligatoriedad de la norma de comportamiento quebrantada para con respecto a él. Esta negación es la que hace posible la “autoafirmación” del derecho, el que, para hacerse respetar, debe cancelar la afirmación realizada por el delincuente, y reafirmar su vigencia sobre su persona.

Finalmente, que dicha “autoafirmación” consista en la irrogación de un mal se fundamenta en el particular estatus de la transgresión del derecho aquí expuesta: la negación del derecho *en tanto* derecho. En otras palabras, la negación del derecho *en tanto* derecho consiste no sólo en el quebrantamiento de una norma, sino que, y por medio de su accionar, el delincuente no sólo afirma que dicha norma “no vale para él”, sino que, a su vez, niega el fundamento de la voluntad general en la que se basa la libertad general. Por ello, y por la circunstancia de que el

²⁹ (Mañalich, Retribución como Coacción Punitiva, 2010, pág. 52)

delincuente niega la voluntad general para su propio provecho, es que el derecho reacciona de forma tan enérgica: mediante la irrogación de un mal.

ii. Exigencia de reconocimiento del delincuente como presupuesto de la pena.

Consecuentemente *si el derecho opera de esta forma, es decir, como una motivación eficaz para la acción del sujeto; esta motivación no puede contradecir los presupuestos del reconocimiento.* Esto quiere decir que una norma legal que niegue la exigencia que el reconocimiento impone a la concepción de los sujetos -negando su individualidad o especificidad- no puede ser considerada como racional, pues afectaría el presupuesto básico de la aplicación del derecho y de la pena en específico: el reconocimiento del sujeto como voluntad libre (es decir, en tanto individuo). Cualquier tipo de consecuencia que devenga del quebrantamiento de dicha norma no podría ser considerada estrictamente “pena”; lo que se traduce en una particular forma de opresión. Por lo demás, el tratamiento de las personas *cómo personas* no es sólo racional bajo la óptica del reconocimiento: a la vez, es un tratamiento justo³⁰.

En consecuencia, la tarea consiste ahora en determinar específicamente qué es lo que, bajo esta óptica, puede ser considerado “pena”; además de determinar cómo deben ser tratados los sujetos. El primer problema será tratado a continuación, mientras que la determinación precisa de qué cuáles son las características que nos permiten afirmar la personalidad de un sujeto, será dejado para más adelante.

iii. ¿Qué es la pena?

De la revisión de la teoría del reconocimiento, y su vinculación con el derecho penal, se sigue el trato que deben recibir los sujetos, por medio de la imposición de la pena: este trato consiste “honrar” al criminal como persona, es decir, la pena debe reconocer y dotar de personalidad al sujeto por medio de su imposición. Este tipo de trato, además, es calificable como justo.

La teoría nos permite desprender ciertos elementos, tales como la función de la pena dentro de este esquema, qué es lo que la pena hace con respecto a una determinada acción y cuáles son sus consecuencias para los sujetos. Esta circunstancia me hará afinar aún más la crítica

³⁰ (Kindhäuser, 2011, pág. 38 y ss.)

pretendida sobre el tipo penal propuesto en la introducción: de llegar a la conclusión de que no cumplen con el estándar del reconocimiento, entonces no sólo se argüirá sobre su ilegitimidad como norma jurídica, sino que también podré afirmar que la sanción impuesta a esa acción no puede ser considerada estrictamente como una “pena”. Finalmente, también afirmaré que la aplicación de estas normas deficitarias es injusta.

Para Kindhäuser, la palabra pena significa una “(...) irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso”³¹. Podría criticarse esta definición, pues sólo podría ser satisfecha por una teoría en dónde el principio de culpabilidad es el límite a la imposición a la pena, dejando fuera teorías prevencionistas de la pena en dónde dicha consideración no es tomada en cuenta; es decir, actuar como un *definitional stop*. Según Mañalich, para que el *definitional stop* (propuesto por Hart) sea una argumentación fructífera -contraria a la definición de pena aquí expuesta- una teoría prevencionista debiese demostrar por qué, específicamente, la pena sería otra cosa, distinta a la de la definición. Por el contrario, una teoría retribucionista debe defender y determinar específicamente por qué dicha definición es correcta³².

Más allá de buscar una justificación general para la pena -al modo de las teorías retribucionistas o prevencionistas- mi interés se encuentra en mostrar que la culpabilidad se encuentra al centro de lo que entendemos como “pena”. Para dicha explicación, me valdré de lo dicho por Hart, quién establece que “(...) el estándar o lo central del ‘castigo’ en términos de cinco elementos:

1. Debe envolver dolor u otra consecuencia normalmente considerada como desagradable.
2. Debe ser impuesta por una ofensa en contra de reglas legales.
3. Debe ser impuesta sobre un ofensor actual o supuesto por su ofensa.
4. Debe ser intencionalmente administrada por seres humanos diferentes al ofensor.
5. Debe ser impuesta y administrada por una autoridad constituida por un sistema legal en contra del cuál la ofensa es cometida”³³.

³¹ (Kindhäuser, 2011, pág. 31)

³² (Mañalich, La pena como retribución, 2007, págs. 121-127)

³³ “(...) I shall define the standard or central case of ‘punishment’ in terms of five elements:

1. It must involve pain or other consequences normally considered unpleasant.
2. It must be for an offence against legal rules.
3. It must be of an actual or supposed offender for his offence.
4. It must be intentionally administered by human beings other than the offender.

Consecuentemente, y por los puntos 2 y 3 establecidos por Hart -y a pesar de que el lector no comparta la definición de pena aquí expuesta- la noción de “pena” acarrea o se encuentra relacionada con la culpabilidad: por medio de la imposición de la pena, lo que se le está “comunicando” al criminal es que su conducta no resulta aceptable dentro de la sociedad. Con ello, se le llama a responder de su conducta frente a la generalidad, la cual se encuentra representada por el derecho (en este contexto, el derecho penal). De esta forma, la pena cumple un doble rol: por una parte, de reproche; mientras que, por otra parte, de atribución de responsabilidad y, a la vez, dotación de personalidad: el criminal es hecho responsable en tanto persona susceptible de ser responsable, lo que quiere decir que es reconocido como persona.

Sin embargo, si el lector comparte o no la definición expuesta, es imprescindible resaltar que -cualquiera sea la definición de pena utilizada- ésta debe tener como límite el principio de culpabilidad, pues es sólo en virtud de dicho principio que podemos hablar de “responsabilidad” de un agente. Esto quiere decir que, más allá de la justificación de la pena adoptada, el límite debe estar impuesto por aquellas acciones que podemos achacarle a un sujeto -de lo contrario, estaríamos hablando simplemente de un ejercicio de fuerza estatal. Esto quiere decir que “[e]n la medida en que las acciones dan a conocer al agente, el objeto de la responsabilidad -aquello por lo que se le reconoce y caracteriza- es el ámbito preciso de éstas. Ser responsable es, pues, ser agente; y a la inversa, ser agente -en un sentido fuerte- es ser responsable”³⁴

La cuestión más relevante, para esos efectos, es determinar qué es lo que puede contar como un “comportamiento previo defectuoso”, bajo la óptica del reconocimiento. ¿Puede la legislación penal establecer cualquier conducta como “defectuosa”? La respuesta a esta pregunta es a todas luces negativa: para Kindhäuser dicho castigo debe ser “justo”, pues el criterio de corrección jurídica (para él) es la justicia³⁵. Por ello es que la “pena sólo es legítima si también lo son las normas de comportamiento reforzadas punitivamente: responder con una irrogación retributiva de un mal a la contravención de una exigencia de conducta que sea éticamente deficitaria sería *eo ipso* ilegítimo”³⁶. Es decir, la irrogación retributiva de un mal (en contra de un

5. It must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system which against the offence is committed.”

(Hart, The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment., 1959, pág. 4) Traducción del autor.

³⁴ (Krause Muñoz, 2015, pág. 127)

³⁵ (Kindhäuser, 2011, pág. 32)

³⁶ *Ibidem*.

comportamiento *prima facie* deficitario) sólo puede ser legítima en tanto ataque una conducta moralmente reprochable. De lo contrario, constituye una forma de opresión ilegítima inadmisibles en un Estado democrático de derecho.

Los criterios de legitimidad de las normas de comportamiento reforzadas coactivamente se pueden justificar de varias maneras: por una parte, un criterio utilitarista puede justificar el establecimiento de normas cuyo seguimiento sea ventajoso para todos. Sin embargo, este criterio no es suficiente: no es capaz, por sí mismo, de establecer siempre la conveniencia de seguimiento de las normas, pues, aunque el seguimiento de las normas es ventajoso para todos, no siempre lo será para un sujeto individual (para éste, el quebrantar la norma puede ser más ventajoso que seguirla). Es por esta razón que las normas ventajosas para todos son “inestables”³⁷

Es necesario entonces “(...) crear certeza en el sentido de confianza fundamentada en cuanto a que todos -o bien, tratándose de un amplio número de destinatarios, casi todos- seguirán la norma”³⁸. Esto implica evitar generalizadamente que sujetos individuales no cumplan las normas ventajosas para todos. Y el cumplimiento de dichas normas puede asegurarse a través de diversos mecanismos, cómo, por ejemplo, por medio de la imposición de una pena. De esta forma, se evita que por medio del incumplimiento de la norma (ventajosa para todos) resulte provechosa para el infractor, por medio de limitar su libertad (por ejemplo) coactivamente. Consecuentemente “(...) el reconocimiento de normas justas como razones eficaces para la acción deviene, en principio, éticamente legítima”³⁹. Esto quiere decir que la pena es una forma de “estabilizar” a las normas que componen el derecho, es decir, evitan que los sujetos se beneficien particularmente de su quebrantamiento.

Si esto es aceptado como correcto, la pena entonces expresa un reproche al comportamiento del delincuente, por no haber éste reconocido a la norma como razón eficaz para guiar su acción. Esto quiere decir que, a la inversa, la pena sólo puede ser impuesta atendiendo a la conducta del delincuente: es decir, sólo puede ser justificada en torno a la culpabilidad del delincuente, o sea, debe estar fundamentada en función del principio de culpabilidad.

³⁷ “Las normas ventajosas para todos son inestables, puesto que, aunque pueda sonar paradójico, es individualmente más ventajoso quebrantarlas que seguirlas” (Kindhäuser, 2011, pág. 34)

³⁸ (Kindhäuser, 2011, pág. 35)

³⁹ *Ibidem*, pág. 36.

Del reconocimiento de las normas jurídicas -y en específico las jurídico penales- cómo motivos eficaces para la acción se puede desprender que, en atención a que hay determinadas expectativas de comportamiento sobre los sujetos, la aplicación de una sanción por el no cumplimiento de dicha expectativa debe necesariamente decir relación con el comportamiento defectuoso llevado a cabo por el delincuente. Esta relación está dada por el principio de culpabilidad. Para poder reprocharle a un sujeto que su comportamiento no se ha ajustado a una norma, uno debe -a su vez- asumir a ese sujeto como uno capaz de ser responsable por dicha expectativa, es decir, debe uno asumir a dicho sujeto como una “persona”⁴⁰, capaz de adecuar su comportamiento a las normas, y por ende confiar en que éste las cumpla.

Es debido a esta expectativa que la culpabilidad de los sujetos juega un papel crucial: para poder ser objeto del reproche jurídico por la defraudación de estas expectativas, el sujeto debe ser considerado como una personalidad moral, “(...) con la consecuencia de que este ha de responder por la infracción de deber como una falla personal -y en el contexto de la vida cotidiana- ‘disculparse’ por la confianza injustificadamente pretendida”⁴¹. Es decir, es por medio de la atribución de responsabilidad que, además de reprochar el comportamiento de un sujeto, se le reconoce a su vez como una “persona” susceptible de ser confiada con el cumplimiento de las normas jurídicas.

Por ende, lo que se entienda por responsabilidad jurídico-penal se encuentra íntimamente relacionado con la concepción personal antes expuesta. Siguiendo con esta relación, Kindhäuser define a la culpabilidad jurídico-penal como “(...) falla personal que lesiona el sentido de la justicia de un modo que produce indignación”⁴². Esta definición implica varias cosas: en primer lugar, que se trate de una “falla personal” dice relación con la confianza depositada sobre los sujetos explicada anteriormente. Es por el quebrantamiento de dicha confianza que podemos hablar de “falla personal”. En segundo lugar, según el mismo autor, el “(...) sentido de la justicia constituye un elemento esencial del concepto de la persona éticamente responsable”⁴³. Sobre esta relación entre justicia y la comprensión de las personas, se ahondará más adelante. Finalmente, la indignación producida por la infracción del delincuente dice relación con su particular ofensa al

⁴⁰ (Kindhäuser, 2011, pág. 40) “El reconocimiento de otro como persona moral, esto es, como sujeto que puede satisfacer prestaciones obligatorias, implica un abierto depósito de confianza, por una parte, al cual corresponde una asunción de esta confianza por la otra”

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, pág. 38.

⁴³ *Ibidem*.

sentido de la justicia, tanto en defraudar las expectativas posadas sobre él, como también por la gravedad de la conducta realizada y prohibida por la norma quebrantada.

Para que podamos hablar de pena, entonces, su imposición debe cumplir con el requisito de *honrar* -en lenguaje Hegeliano- al delincuente⁴⁴, pues se lo asume como un ser racional, capaz de defraudar las expectativas que pesan sobre él. A raíz de la defraudación de la confianza puesta *ex ante* sobre él, es que la imposición de la pena deviene en legítima. Esto quiere decir lo que se ha reiterado en este trabajo sostenidamente: la pena y su imposición deben reconocer, en los términos explicados en el segundo capítulo de este trabajo, al delincuente como una “persona”, con todas las consecuencias que ello implica.

Si lo expuesto es aceptado como correcto, la conducta exigida a las personas por medio de una norma jurídico-penal deben ser de aquellas que los sujetos sean capaces de seguir. Llegado este punto, surge la gran pregunta de la que se ocupa este trabajo. ¿Pueden las personas ser legítimamente sujetos de ciertas expectativas que implican negar un aspecto de su personalidad? ¿Puede considerarse como legítima la imposición de una pena -con todas las consecuencias aquí expuestas- sobre las personas que cometan la conducta prohibida por el artículo 365, propuesta en la introducción? Para responder cabalmente a aquella pregunta, es necesario primero analizar en particular al artículo 365 del Código Penal Chileno, su ubicación sistemática y la exposición de los principios que inspiran el sistema de los delitos sexuales en el texto legal citado. Posteriormente, resultará crucial establecer cuáles son los elementos esenciales que hacen a los sujetos “personas”, para posteriormente, analizar particularmente si la legislación cumple con la exigencia Hegeliana de “honrar al delincuente”, es decir, si la exigencia de reconocimiento es satisfecha por el tipo propuesto. Sin embargo, no buscaré enunciar un concepto unívoco de persona, sino que, por el contrario, adoptaré una estrategia de juicio negativo: es decir, argumentaré que la negación de un particular aspecto de las personas -su sexualidad- significa negarlos *en tanto* personas, por las razones que expondré. La definición de un concepto unívoco de persona escapa con creces el ámbito del presente trabajo. Por ello, enunciaré algunos criterios que, a lo menos, son constitutivos de la personalidad; sin prejuicio de que puedan existir más criterios.

⁴⁴ (Hegel, 2002, §100) “Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular”.

5. Análisis del sistema de los delitos sexuales y del artículo 365 del Código Penal Chileno.

En el presente capítulo, se analizará la configuración sistemática de los delitos sexuales en el Código Penal Chileno, de tal forma de enunciar y explicar brevemente los pilares sobre los que descansa la actual legislación, y enunciar posibles justificaciones -bajo esta óptica- del delito de sodomía. Finalmente, se analizará específicamente el tipo establecido en el artículo 365 del cuerpo legal citado, de tal forma de establecer claramente frente a qué tipo de delito nos encontramos, bajo las categorías de la parte especial del derecho penal.

i. Los delitos sexuales bajo el Código Penal Chileno.

Los “delitos sexuales” se encuentran establecidos en el título VII del Código Penal Chileno, bajo el título de “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Específicamente, el delito de sodomía se encuentra estipulado bajo el párrafo 7, titulado “Del estupro y otros delitos sexuales”.

El nombre del título bajo el cual se encuentran regulados los delitos sexuales en el derecho chileno no es casualidad, sino que responde a diversas corrientes de regulación sistemática de dichos delitos. Con el efecto de dar mayor claridad sobre el origen de nuestra regulación -y en específico sobre el delito contenido en el artículo 365- explicaré brevemente aquellos principios en el siguiente apartado.

a. Principios sistemáticos de la regulación de los delitos sexuales en el Código Penal Chileno.

Para la explicación de la regulación sistemática de los delitos sexuales, enunciaré brevemente tres modelos históricos de la regulación de los delitos sexuales, a saber, los modelos de la *Teoría Moral Escolástica*, de la *ilustración* y el de la *codificación*. De esta manera, buscaré explicar de forma breve las razones por las cuáles los delitos sexuales tienen su actual configuración normativa, ya que el Código Penal Chileno, tanto al momento de su promulgación, así como las diferentes reformas que le han sido introducidas, han adoptado principios de uno u otro de los modelos ya enunciados.

En primer lugar, el modelo propuesto por la *Teoría Moral Escolástica* “descansa en una síntesis de dos premisas básicas en principio contrapuestas, el antisensualismo y el naturalismo.

El principio naturalista tiende a la represión de la sexualidad, en tanto pasión. El principio naturalista (...) tiende a su legitimación, en tanto inclinación dirigida a la conservación de la especie.”⁴⁵ De esta manera, lo natural dice relación con la actividad sexual encaminada a la reproducción, es decir, el coito vaginal heterosexual.

Lo central de la transgresión al orden sexual dice relación “(...) con el concepto de lujuria”, es decir, “(...) en el placer venéreo que no se sujeta al imperio de la razón práctica”.⁴⁶ Esto quiere decir que todo acto sexual no orientado a la reproducción de nuestra especie es mirado como venéreo e indeseable, pues no se ajusta a los principios de la razón práctica. Esta idea de lujuria “(...) daba lugar a lugar a seis especies: la fornicación, el adulterio, el incesto, el estupro, el rapto y el vicio contra natura”.

Esta clasificación descansa sobre la distinción entre “(...) el coito vaginal heterosexual y los demás actos sexuales”⁴⁷; lo que tenía importantes consecuencias sistemáticas en los sistemas legales que acogían esta propuesta, cuestión que no analizaré. Sin embargo, es importante señalar que la sodomía (entendida en un sentido amplio, como vicio “anti-natura” o penetración anal) “(...) constituye no sólo el concepto de más amplio alcance, sino además el acto más gravemente inmoral. En tanto el principio de la legitimación de la sexualidad se encuentra en el orden natural - esto es, su función reproductiva-, la infracción a ese principio representa la más grave forma de ejercicio ilegítimo de la actividad sexual”⁴⁸.

⁴⁵ (Bascuñán Rodríguez, Problemas Básicos de los delitos sexuales, 1997, pág. 75)

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 76

De esta forma, los delitos sodomíticos -en sentido amplio- se dividen para la moral escolástica de la siguiente forma: “

Sodomía	Propia	Por razón de sexo (‘sodomía’ en sentido estricto)
		Por razón de género (‘bestialismo’)
		Por razón del orden natural
	Impropia	Masturbación, sexo con cadáveres ⁴⁹

“

El tipo actual del artículo 365 se adecuaría a lo señalado como Sodomía Propia por Razón de Sexo o “sodomía en sentido estricto”, es decir, en el coito o acceso carnal homosexual, es decir, entre hombres.

En segundo lugar, el *modelo de la ilustración* propone como principio regulativo “(...) la idea del asentamiento universal de interlocutores que se reconocen a sí mismos como agentes igualmente racionales, interesados en conservar el máximo grado de libertad compatible con su seguridad”⁵⁰.

Uno de los máximos exponentes de esta corriente jurídica es Feuerbach, quien introduce la distinción entre crímenes y delitos. Para el autor citado, los crímenes son atentados contra derechos subjetivos; mientras que los delitos son concebidos como infracciones a leyes de policía o de convivencia social, que no se fundan o justifican por proteger derechos subjetivos.

De esta manera, los delitos de violación, rapto y estupro fueron comprendidos como delitos contra la libertad de los sujetos, razón por la cual son considerados como crímenes (por afectar el bien jurídico “libertad”). Por su parte, y como la moral sexual “(...) no reconoce la existencia de derecho alguno, el sistema no reconoce la existencia de una clase como la de los

⁴⁹ Cuadro sacado de (Bascuñán Rodríguez, Problemas Básicos de los delitos sexuales, 1997, pág. 76)

⁵⁰ (Bascuñán Rodríguez, Problemas Básicos de los delitos sexuales, 1997, pág. 77)

‘delitos carnales’⁵¹; es que éstos fueron concebidos y reordenados sistemáticamente como “delitos de policía”, es decir, que atentaban contra normas de convivencia social, cuya legitimidad deriva de la aplicación del principio de soberanía del Estado.

Sin embargo, “(...) esta construcción implicaba una seria inconsistencia político-criminal, ya que la deslegitimación de la punición de la inmoralidad sexual implícita en el sistema de los crímenes se veía compensada con la legitimación indirecta obtenida por aplicación del principio de soberanía del Estado.”⁵²

En tercer lugar, *el modelo de la codificación* surge como la forma de reestablecer el orden social amenazado por la Ilustración. Sin embargo, la codificación mantuvo la concepción de los delitos sexuales como delitos contra la libertad, desarrollando “el sistema de los atentados contra la libertad sexual”⁵³.

El problema de esta concepción radica en encontrar un denominador común de todos los delitos sexuales. Así, para el Código Penal Prusiano y el Código Penal Alemán de 1871 el común denominador fue establecido “en las buenas costumbres o la moral social (*Sittlichkeit*)”⁵⁴. Por su parte, el Código Penal Toscano ordenó estos delitos bajo el denominador común “delitos contra la honestidad”. De esta manera, Bascuñán sostiene que el Código Penal Chileno “(...) responde plenamente al modelo de regulación de la codificación”.⁵⁵ Esto se traduce en que el texto legal reconoce las situaciones de coerción sexual y abuso no coercitivo, “(...) y las regula formando un subsistema (Arts. 361, 363 y 366).”⁵⁶ Sin embargo, y de forma conjunta con esta regulación, el Código Penal Chileno sanciona una serie de conductas no constitutivas de abuso, las cuáles se agrupan -junto con los delitos de coerción sexual y abuso no coercitivo- bajo el título “delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública”.

En consecuencia, es posible reconocer en el actual Código Penal Chileno resabios de las tres propuestas teóricas enunciadas precedentemente, a pesar de las sucesivas modificaciones legales desarrolladas por el legislador en los casi 150 años de vigencia del cuerpo legal. Sin duda

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*, pág. 78.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 79.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

que la manifestación más patente del resabio de la *teoría moral escolástica* es del delito de sodomía, que aún se encuentra tipificado en el Código, en su artículo 365. De esta manera, y de forma preliminar, el delito ya referido se basa en la punición de lo contrario a las ideas del antisensualismo y el orden natural sexual. Más adelante, se analizará pormenorizadamente si dicha prohibición se ajusta con el reconocimiento de los sujetos que pueden ser penados por el delito de sodomía y, en consecuencia, determinar si dichos principios se ajustan con el estándar impuesto por la teoría de los sujetos: es decir, reconocerlos. Por ahora, en el siguiente apartado se analizarán las diversas teorías doctrinales respecto a cuál sería el bien jurídico tutelado por el sistema de los delitos sexuales.

b. *¿Cuál es el bien jurídico protegido por el sistema de los delitos sexuales en el Código Penal Chileno? Teorías dualistas y monistas.*

La discusión sobre el bien jurídico tutelado por los así llamados “delitos sexuales” ha sido relativamente pacífica en la doctrina y jurisprudencia, aunque hay algunas voces disidentes. La opinión predominante elabora su propuesta teórica sobre una dualidad de bienes jurídicos protegidos, mientras que la doctrina disidente propugna por una teoría monista, es decir, que el bien jurídico protegido por dicho sistema podría ser reconducido a un único bien jurídico. Ambas teorías se analizarán en lo sucesivo.

La doctrina chilena mayoritaria sostiene una “tesis dualista”, la cual considera que la regulación de los delitos sexuales protege dos bienes jurídicos distintos. Por una parte, la libertad sexual – cuya protección es brindada por el tipo de la violación (art. 361)- y, por otra parte, la indemnidad sexual, protegido por el artículo 362 del Código Penal, que castiga el acceso carnal, por vía vaginal, oral o bucal, con una persona menor de 14 años⁵⁷. De esta forma, toda la estructura de los delitos sexuales se encontraría orientada a la protección de alguno de estos dos bienes jurídicos.

Por otra parte, Mañalich⁵⁸ señala que, al contrario de lo señalado por la doctrina mayoritaria, es posible sostener una teoría monista, según la cual los tipos penales contemplados

⁵⁷ (Bascuñán Rodríguez, y otros, 2011)

⁵⁸ Para mayor precisión respecto a la explicación de por qué adoptar una teoría monista, ver (Mañalich, La violación como un delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno, 2014)

en los párrafos 6 y 7 del Título VII del Código Penal protegerían un único bien jurídico: la indemnidad sexual.

Más allá de la teoría a adoptar, diversos autores proponen distintos bienes jurídicos, para los cuáles su protección estaría otorgada por el tipo de la sodomía. Por una parte, se sostiene que “(...) el artículo 365 es un resabio del precepto legal originario del Código Penal de 1875, por lo que su fin de protección es la vigencia de la moral social sexual tradicional.”⁵⁹ Otro sector de la doctrina entiende al delito de sodomía como un delito de corrupción al menor, “(...) esto es, como una perturbación del normal desarrollo de su capacidad de autonomía sexual”⁶⁰. Dentro de esta concepción, es posible encontrar dos variantes: por una parte, los que consideran que es necesario la prueba del resultado traumático de cada caso concreto para acreditar y justificar la punibilidad; y, por otra parte, quienes consideran que es un delito de peligro abstracto contra la autonomía sexual del menor. De esta forma, la legislación equipararía a las personas entre 14 y 18 años, y que consientan en ser accedidas carnalmente por alguien de su mismo sexo, al caso de los menores impúberes, de quienes se presupone, de derecho, que no son capaces de otorgar su consentimiento (para actividades sexuales), y para quienes el acceso carnal, ya sea por vía vaginal, oral o bucal, se encuentra prohibido de acuerdo con el delito de violación de persona menor de 14 años, tipificado en el artículo 362 del Código Penal.

De acuerdo con las dos visiones expuestas, una teoría dualista consideraría que el delito de sodomía protege la autonomía sexual de las personas mayores de 14 años, pero menores de 18 años, siempre que sean accedidos carnalmente por otra persona, falo portadora, de su mismo sexo. Para una teoría monista, el bien jurídico protegido sería la indemnidad sexual⁶¹. En mi opinión, esta última tesis otorga mejores explicaciones que una teoría “dualista”, pues logra explicar de mejor manera la regulación actual de los delitos sexuales en el Código Penal Chileno.

El legislador presupone que las personas mayores de 14 años, pero menores de 18, no son capaces de otorgar su consentimiento para ser accedidos carnalmente, por una persona falo portadora mayor de 18 años de su mismo sexo. Esta circunstancia cobra especial relevancia, pues

⁵⁹ (Bascuñán Rodríguez, y otros, 2011, pág. 78)

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Aunque, para ser justos, el profesor Mañalich en algunas de sus clases, a las cuáles tuve el privilegio de asistir, sostuvo que el delito de sodomía no es posible de explicar bajo su teoría monista, ni tampoco bajo una teoría dualista. Por ende, la afirmación de que bajo una teoría monista, el bien protegido por el delito de sodomía sería la indemnidad sexual de las personas mayores de 14 años, pero menores de 18; es una aseveración mía.

mi impresión es que éste es el aspecto crucial para el análisis, a la luz de la teoría del reconocimiento; dado que el legislador lo que hace es equiparar a las personas entre 14 y 18 años (que pueden consentir libremente en ser accedidos carnalmente por una persona de su distinto sexo) con las personas menores de 14 años, a los que no se les reconoce la capacidad de consentir en actividad sexual alguna. Es decir, el legislador determina que las personas de entre 14 y 18 años pueden consentir en ser accedidas carnalmente por personas de un sexo distinto al suyo, y las personas mayores de 18 años pueden mantener relaciones sexuales con ellas; sin embargo, dicho reconocimiento no es hecho a las personas de entre 14 y 18 años, pues no pueden consentir en ser accedidas carnalmente por personas de su mismo sexo. Este será el punto crucial a la hora de analizar el tipo contenido en el artículo 365 del Código Penal Chileno, y si éste cumple con el reconocimiento de los sujetos.

c. Análisis del artículo 365 del Código Penal Chileno. Tipo, naturaleza y sujetos.

El artículo 365 del Código Penal Chileno dispone lo siguiente:

“El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias descritas en los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”⁶².

La tipificación del delito de sodomía supone varios problemas, los que serán abordados en lo sucesivo, de acuerdo con las categorías desarrolladas por los teóricos de la parte especial del derecho penal.

Para Carrasco Jiménez, “el acceso carnal supone sólo la introducción del pene, con exclusión de objetos o extremidades o prolongaciones corporales (lengua, dedos)”⁶³. Esto quiere decir que, más allá de la introducción del pene del sujeto activo en el ano, boca o vagina del sujeto pasivo (del mismo sexo del “accediente”), cualquier otro tipo de actividad sexual consentida con una persona de entre 14 y 18 años quedaría, en principio, permitida. Por lo demás, que lo prohibido consista en la introducción del pene del sujeto activo descarta a las personas que no lo tienen, de la realización del tipo. Lo que funda el injusto, en este caso, es el carácter de ser una persona falo portadora.

⁶² (Código Penal, 1874)

⁶³ (Carrasco Jiménez, 2007)

Según Roxin, “Los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier persona (...)”⁶⁴; mientras que “(...) los delitos especiales sólo puede ser autor quien reúna una determinada cualidad (‘cualificación especial de autor’)”⁶⁵. De esta forma, y porque el tipo sólo puede ser cumplido por personas falo portadoras; es posible concluir que el delito de sodomía está tipificado, en nuestra legislación, a modo de un delito especial.

A su vez, los delitos especiales pueden ser propios o impropios, siendo los primeros en los que “(...) el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena”⁶⁶; mientras que, los segundos se caracterizan porque “(...) el elemento del autor sólo opera agravando la pena”⁶⁷. En el tipo de la sodomía, el legislador prescribe la variante, antes descrita, de actividad sexual consentida entre dos personas del mismo sexo, una mayor de 18 años y falo portadora, la otra mayor de 14 años, pero menor de 18. Por lo demás, quién es el sujeto activo del tipo es quién realiza el acceso carnal, que de acuerdo con el tipo debe ser mayor de 18 años. Cómo cualquier tipo de actividad sexual consentida -salvo el acceso carnal entre dos personas del mismo sexo⁶⁸, una mayor de 18 años y falo portadora, y otra entre 14 y 18 años, de su mismo sexo- es posible concluir que el injusto se funda en la calidad de persona falo portadora, por lo que el delito de sodomía, de la forma en que se encuentra tipificado en el Código Penal Chileno, es un delito especial propio; pues no hay tal cosa como un delito de sodomía general, aplicable a todas las personas.

En otras palabras, que estemos frente a un delito especial propio determina que el tipo sólo puede ser satisfecho por personas falo portadoras mayores de edad, elemento especial que opera fundamentando el injusto.

⁶⁴ (Roxin, 1997, pág. 337)

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 338

⁶⁶ (Roxin, 1997, pág. 338)

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ En principio, mi impresión es que el delito de sodomía era sólo aplicable a los varones. Sin embargo, en medio de la lectura de uno de los textos de Mañalich aquí citados me encontré con la siguiente afirmación: “Y conceptualmente al menos, no cabe descartar la posibilidad de que una persona cuyo organismo exhiba alguna variante específica de intersexualidad -otrora calificada de ‘hermafroditismo’- hubiera de ser calificada, 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 masculino”. (Mañalich, La violación como un delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno, 2014, pág. 50). De esta forma, no resulta adecuada la afirmación de que sólo los varones son susceptibles de cometer el delito de sodomía; más bien, y precisamente, todas las personas falo portadoras pueden realizar el tipo. Por ende, la cualificación personal motivante del injusto es ser portador de un falo, y no ser un individuo de sexo masculino.

6. El sexo y el género como forma de opresión.

Cómo espero haya quedado claro, la imposición de la pena presupone el reconocimiento del delincuente cómo otro -en el sentido de *otro más de nosotros*- sobre el cuál recaen las mismas expectativas de comportamiento que sobre el resto de la sociedad: es decir, cómo un sujeto de derecho integrante de una determinada comunidad. Estas expectativas de comportamiento se encuentran en los distintos sistemas de normas de dicha comunidad, de las cuáles interesan particularmente las de naturaleza jurídica.

Dicha expectativa pesa sobre los sujetos en tanto son considerados cómo agentes racionales: es decir, agentes capaces de motivar su accionar a lo dictado por las normas. Particularmente, las normas jurídico-penales prohíben la realización de conductas profundamente lesivas para la vida en comunidad; y mediante la imposición de la pena, se le está haciendo saber a dicho agente que su conducta no puede ser aceptada cómo correcta o válida dentro de dicha comunidad.

Sin embargo, y a la vez, la imposición de la pena supone que el reproche que conlleva es hecho en contra un agente racional: es decir, se le reconoce como un sujeto capaz de motivar su accionar conforme a las reglas que rigen a la sociedad y de quien se espera (o se tiene la esperanza) ajuste su accionar a dichas reglas. La defraudación de la expectativa entonces tiene una doble consecuencia. Por una parte, el reproche; pero, a la vez, el reconocimiento de la libertad de acción del agente: su conducta -contraria al derecho- es cancelada mediante la imposición de la pena (en lenguaje Hegeliano, mediante el restablecimiento del derecho *en tanto derecho*) pero a la vez reconociendo la efectividad de la acción del delincuente, es decir, *honrándolo*. Esto quiere decir que el derecho reconoce la eficacia del delito. El accionar del agente es libre y, por ende, susceptible de negar con su acción a alguna de las normas que componen el derecho. Pero, como esta acción es inaceptable para la comunidad -pues las normas y las expectativas que le imponen a los sujetos pesan sobre todos- es que el derecho debe reaccionar. Esta reacción consiste en la imposición de la pena.

Es en este punto en que la pregunta sobre qué es lo que cuenta como un sujeto se torna crucial, pues la determinación precisa sobre qué es lo que los caracteriza me permitirá, en último término, argumentar a favor de la descriminalización de la norma jurídico-penal propuesta en la

introducción. Esto quiere decir que las conductas tipificadas en las normas de comportamiento deben tratar a los sujetos cómo se merecen: es decir, como personas. Y dicho trato se funda en dos grandes razones: por una parte, es la forma en que la imposición de la pena está estructuralmente determinada -es decir, para que podamos hablar estrictamente de “pena”, el reconocimiento del sujeto penado es críticamente determinante- pero, a su vez, se debe a razones de justicia: las personas merecen ser tratadas cómo personas.

Antes de entrar en las consideraciones sobre si el artículo 365 cumple con la exigencia de “honrar al delincuente”; y a modo de preámbulo, analizaré el carácter performativo del género, su diferencia con la noción de sexo; y cómo la permanente aplicación de la “ley” de asignación e identificación con un determinado género perpetúa una superioridad de las conductas heterosexuales, por medio del continuo rechazo de las demás expresiones sexuales, que se apartan de dicha “ley”. De esta forma, el “status quo” actual rechaza cualquier tipo de manifestación sexual que se le oponga, pero a su vez, necesita de estas manifestaciones rechazadas, para su propia reafirmación. Si lo analizado es correcto, el género y la sexualidad se forman e imponen continuamente por medio de la repetición del “modelo heterosexual”; lo que quiere decir que, en primer lugar, no habría una “naturalidad” subyacente al género y, en segundo lugar, que esta imposición -por medio de la repetición- del “modelo heterosexual” resulta una forma de opresión para con las demás manifestaciones de la sexualidad, que son rechazadas por dicho modelo.

i. Género y Sexualidad. La performatividad del género.

“Y es en ese momento cuando nos damos cuenta de que lo que consideramos ‘real’, lo que inventamos como el conocimiento naturalizado del género, es, de hecho, una realidad que puede cambiar y que es posible replantear, llámese subversiva o llámese de otra forma”⁶⁹. Judith Butler.

Quise comenzar con esta frase la exposición sobre género y sexualidad porque refleja -en mi opinión- fielmente la realidad del problema. Lo que consideramos “real”, de hecho, no lo es. Es decir, no es una cuestión natural, por ejemplo, que las personas homosexuales “elijan” serlo, o vengán predeterminadas naturalmente a una determinada orientación sexual; o que las mujeres sean caracterizadas de cierta forma porque “naturalmente” sean más débiles, o más complejas,

⁶⁹ (Butler, El Género en disputa, 2007, pág. 28)

etcétera. Todas estas caracterizaciones surgen, más bien, de la naturalización de un discurso que, como sociedad y humanos, hemos adoptado como propio y cierto. Mi intención aquí es argumentar en contra de dicha naturalización, y reivindicar así la humanidad de todos aquellos sujetos que se ven excluidos socialmente, legalmente y también, humanamente de “nuestra” sociedad. En otras palabras, “[d]esnaturalizar la identidad sexual implica la renuncia a la reivindicación de la normalidad (sin el suelo discursivo que la invocación de la naturaleza proporciona, el binomio normal/patológico pierde su fuerza), la renuncia al intento de escudarse en el espacio de lo fijo e inevitable.”⁷⁰

Según Butler, el género actúa de forma similar a los actos de habla performativos⁷¹. Esto quiere decir que, por una parte, el género carga con una determinada fuerza -o, mejor dicho- le atribuimos algún tipo de fuerza al concepto de género. Así, lo que concebimos como género masculino/femenino tiene una determinada fuerza normativa, lo que nos lleva a atribuir determinadas características a los cuerpos que coinciden con lo que consideramos femenino o masculino (es decir, asumimos que el sexo determina el género). Sin embargo, dicha performatividad también consiste en “una repetición y un ritual que consigue su efecto a través de su naturalización en el contexto de un cuerpo, entendido, hasta cierto punto, como una duración temporal sostenida culturalmente”⁷². En otras palabras: “[l]a performatividad discursiva parece producir lo que nombra, hace realidad su propio referente, nombrar y hacer, nombrar y producir”⁷³.

Si esto es aceptado como correcto, es posible concluir que el género actúa como un patrón normativo y que, como tal, rechaza todas las posibles distintas manifestaciones que se escapen de dicho patrón. Así, las personas con preferencias homosexuales no se ajustarían a dicho patrón o, por el contrario, se identificarían con el género equivocado: los gays se identificarían con el rechazo al falo propio de lo “femenino” y, a su vez, con la “envidia al falo” que caracterizaría a lo femenino; y, por otra parte, las lesbianas se identificarían con lo masculino, es decir, con el poder del falo, y todas las consecuencias que se derivan de ello (a saber, las consecuencias se corresponden con las características generalmente atribuidas a “lo masculino”). Butler analiza en

⁷⁰ (Córdoba García, 2003, pág. 87)

⁷¹ “El acto de habla performativo (o realizativo) es aquél en el que decir algo equivale a hacer algo.” (Córdoba García, 2003, pág. 90)

⁷² (Butler, El Género en disputa, 2007, pág. 17)

⁷³ (Butler, Cuerpos que importan, 2002, pág. 162)

“El Género en Disputa” no sólo su teoría performativa, sino que, también, diversas teorías psicoanalíticas de formación de la sexualidad y cómo ésta se vincula con estos “patrones” de lo femenino y lo masculino.

Mi intención aquí no es entrar en el detalle de dicha formación, pero si constatar dos cosas. En primer lugar, la formación de la sexualidad es un proceso complejo, en dónde no sólo se ven involucrados los deseos de las personas ni su sexo (macho/hembra) o naturaleza, sino que también juega un rol importante el subconsciente, así como también la cultura en la que vivimos. “En otras palabras, el ‘sexo’ es una construcción ideal que se materializa obligatoriamente a través del tiempo. No es una realidad simple o una condición estática de un cuerpo, sino un proceso mediante el cual las normas reguladoras (lo que aquí denomino ‘ley’) materializan el ‘sexo’ y logran tal materialización en virtud de la reiteración forzada de esas normas”⁷⁴. De esta forma, lo que la cultura considera como “sexualidades aceptadas” o “diática heterosexual” constituyen dichas normas reguladoras; que se imponen por su continua aplicación a la realidad, confundándose con lo “real”. Es decir, aceptamos como cierto lo construido a través del tiempo y de la práctica social. Así, la sexualidad se construye en base a esta “ley”, que determina que es lo correcto o incorrecto de desear, es decir, actúa de forma represiva en contra de las diversas formas de “goce” de las cuáles somos capaces los humanos, guiando lo que “nos debe gustar” en base a nuestro sexo y género.

En segundo lugar, es importante recalcar que la ley actúa también de forma represiva: no sólo niega y reprime otros tipos de goce o de conductas sexuales, sino que, a su vez, y por medio de su continua aplicación, los hace inconcebibles. De allí que las diversas manifestaciones de la sexualidad que se aparten del patrón heterosexual son invisibilizadas, vistas como incorrectas, indeseables y/o desviadas. Es decir, son restringidas a través del rechazo. De esta forma, “(...) en la esfera de la sexualidad estas restricciones incluyen el carácter radicalmente inconcebible de desear de otro modo, el carácter radicalmente insoportable de desear de otro modo, la ausencia de ciertos deseos, la coacción repetitiva de los demás, el repudio permanente nade algunas opciones sexuales, el pánico, la atracción obsesiva y el nexo entre sexualidad y dolor”⁷⁵.

⁷⁴ (Butler, *Cuerpos que importan*, 2002, pág. 19)

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 145.

Esta negación de las demás formas de vida, y la “autoridad” de la ley, se fundan en su práctica. Cómo asumimos que desde siempre lo asociado al sexo y al género es así desde antes de lo que podemos recordar, entonces debe ser cierto. La pregunta interesante es, por una parte, cómo atacar a la normatividad de la ley: negándola, o modificándola; haciéndola más inclusiva. Este, sin duda, es un problema que excede con creces el marco del presente trabajo.

Con este pequeño preámbulo, lo que quiero mostrarle al lector es cómo, a través de nuestra continua práctica y lo que asumimos como “real”, es decir, el sexo y el género, y todas las consecuencias que se derivan de lo que consideramos como sexo y género “corrector”, representan una forma brutal de opresión para con todas aquellas personas cuyas conductas, deseos, apariencias, privaciones; es decir, las personas con particularidades que no cumplen con la ley heterosexual, son permanentemente rechazadas y oprimidas; por razones que escapan completamente a su elección. Si lo expuesto aquí es aceptado como correcto, el género y la sexualidad no es algo que se “determine” naturalmente, por nuestra configuración física. Por el contrario, la formación de la sexualidad se encuentra fuertemente influenciada por el género, por la constante represión de lo que se encuentra fuera de la “ley”, y también por lo que la normatividad exige de nosotros: ajustarnos a los patrones considerados “correctos”, es decir, patrones heterosexuales.

Por lo demás, esta es una cuestión que no sólo atañe a las personas con diferentes orientaciones sexuales; sino que también para con las mujeres. Las distintas características asociadas a su género, es decir, lo “femenino”, las relegan a un segundo lugar, las muestran cómo “el género débil”, y las sitúan en un segundo lugar respecto a lo “masculino”. Esta relegación, o negación, se funda también en las normas reguladoras de la sexualidad: el paradigma de lo correcto y poderoso se vincula con lo masculino y, en consecuencia, lo “femenino” queda relegado a un segundo plano, dejado a la determinación de lo que lo “masculino” determine de ellas. Es por ello por lo que la violencia de género se encuentra arraigado en lo más profundo de nuestra sociedad, por medio de la discriminación hacia las mujeres, hacia las distintas formas de opresión realizadas a las mujeres. Para comprender el fenómeno, “debemos comprender que la violencia de género -real y simbólica- opera como una forma de opresión subyacente a la propia

estructura de nuestras sociedades, a la forma en que organizamos el Estado y, por cierto, al modo en que comprendemos el Derecho”.⁷⁶

Finalmente, los hombres también son oprimidos por las nociones de sexo y género: por medio de su continua repetición y práctica, impone a las personas el “deber” de actuar consecuentemente con las características asociadas a la “ley heterosexual”. De esta forma, cualquier persona busca o intenta identificarse con alguno de los “modelos” impuestos por dicha ley, sin que puedan llegar nunca a cumplirlos cabalmente. Consecuentemente, la opresión del género y el sexo actúa sobre todas las personas, incluso las que puedan considerarse acordes con el “modelo”.

La determinación precisa de por qué este tipo de opresión ocurre, en contra de las mujeres y de todas las orientaciones sexuales que no se ajustan a la “ley”, excede con creces el marco del presente trabajo. Sin embargo, me es importante mostrar que dicha opresión existe y, por lo demás, es producida por una concepción del género que no es tal: no hay tal cosa como lo “masculino/femenino”, o lo “macho/hembra”, sino que materializamos las características asociadas a estas concepciones en nuestros cuerpos, en virtud de nuestra práctica, de la forma en que se organiza nuestra sociedad, de nuestras instituciones y nuestras leyes.

Finalmente, mi interés es demostrar precisamente por qué este particular tipo de opresión no “honra” a las personas, es decir, no cumple con la exigencia de reconocimiento descrita en la parte inicial de este trabajo. Dicho análisis será llevado a cabo en el siguiente capítulo.

7. ¿Cumple la prohibición del artículo 365 del Código Penal con el reconocimiento de los sujetos?

Llegados al punto crucial del trabajo, mi impresión es que hay dos tipos de argumentos a esgrimir para analizar si el delito de sodomía reconoce, o no, la humanidad de los sujetos a quienes pudiese aplicárseles dicha norma y, en definitiva, ser “penados” por ello. Por una parte, un argumento comparativo, consistente en contrastar la situación de dos personas faloparas. Dicha comparación puede realizarse por medio de los dos siguientes casos: por una

⁷⁶ (Zúñiga Fajuri & Villavicencio Miranda, 2015, pág. 720)

parte, el caso de una persona mayor de 18 años, falo portadora, que acceda carnalmente a una menor de 18 años, pero mayor de 14 años, que a su vez sea del mismo sexo de quién accede carnalmente; mientras que, en segundo lugar, una persona falo portadora -mayor de 18 años- que acceda carnalmente a una persona, mayor de 14 años pero menor de 18 años, sin embargo, esta última persona de un sexo diverso de aquel que la accede. Esta comparación podría ser también realizada con respecto a quién cuenta como el sujeto pasivo del delito de sodomía: la comparación entre una persona menor de 18 años, pero mayor de 14 años, quién es accedida carnalmente por una persona -de su mismo sexo y falo portadora- mayor de 18 años; con una persona menor, del mismo rango etario -no falo portadora- accedida carnalmente por una persona falo portadora mayor de 18 años.

Por otra parte, el segundo argumento a esgrimir consiste en el trato dado por el legislador a quién -con las características etarias antes descritas- es el sujeto activo del delito de sodomía; y si por la prohibición del ejercicio de dicha actividad sexual, se le está negando -en algún sentido- su calidad de persona. Por supuesto, uno y otro argumento no son excluyentes, sino que, por el contrario, complementarios; como intentaré demostrar en las siguientes líneas. Para ello, el análisis de uno y otro argumento se hará de forma separada.

Bajo el Derecho Penal Chileno, ya sea que el lector sea partidario de una tesis dualista o monista respecto de los bienes -o del bien- jurídico protegido por los así llamados “delitos sexuales”, puede ser acordado o reconocido que, a las personas mayores de 14 años y menores de 18 años, por regla general, se les reconoce un cierto grado de autonomía en cuanto al otorgamiento de consentimiento para la realización de algún tipo de actividad sexual. De esta forma, y siempre que exista dicho consentimiento “exento de vicios” -vicios que se encuentran establecidos por el legislador en el artículo 363 del Código Penal- la actividad sexual de las personas mayores de 14 años, pero menores de 18, queda determinada a su propio arbitrio. En consecuencia, y por regla general, las personas mayores de 18 años pueden sostener o mantener actividad sexual con una menor de 18 años, pero mayor de 14. La excepción a esta regla general la encontramos en el delito de sodomía.

Que el legislador equipare a los adolescentes mayores de 14 años a los menores impúberes (es decir, aquellas personas menores de 14 años) en el caso en que su consentimiento sea otorgado para ser el sujeto pasivo de un acceso carnal por una persona falo portadora de su

mismo sexo, es -por decir lo menos- llamativo. Para que esta discriminación se sostenga, debiese responder a algún tipo de déficit en el otorgamiento del consentimiento otorgado por el menor, fundado en la misma circunstancia de “dejarse acceder carnalmente”, pues de lo contrario, el argumento de que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de dicha persona se vuelve insostenible.

De acuerdo con Mañalich -quien al respecto cita el trabajo de Gardner y Shute- la ilicitud del delito de violación es “(...) precisamente, en el hecho de que la violación (...), es el paradigma de la reducción de la valía del cuerpo de otro a su mero valor de uso”⁷⁷. De esta forma, y cómo el cuerpo de una persona es parte de lo que dicha persona es, por medio de la violación se “objetualiza” su cuerpo. Este elemento sería el decisivo a la hora de diferenciar entre un ejercicio libre y uno opresivo de la sexualidad de las personas. En consecuencia, el criterio de la utilización del cuerpo de otro como un “objeto”, para la satisfacción de un interés personal sexual, delimita el ejercicio permitido de uno abusivo de la sexualidad.

Si esto es correcto, entonces el delito de sodomía debiese proteger alguna forma de objetualización del cuerpo de los menores de 18 años y mayores de 14 accedidos carnalmente por alguien de su mismo sexo. Sin embargo, y si dicha “objetualización”⁷⁸ no es observada -como en el caso en que el consentimiento otorgado por el menor esté exento de los vicios contemplados en el artículo 363 del Código Penal Chileno⁷⁹- la indemnidad sexual como objeto de protección del delito se torna insostenible.

⁷⁷ (Mañalich, La violación como un delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno, 2014, pág. 39)

⁷⁸ Para llegar a la conclusión de que la objetualización de un cuerpo se corresponde con la ilicitud de la violación, Mañalich lo ejemplifica con un “caso puro” -siguiendo a Gardner y Shute- consistente en que X penetra a Y, sin que éste último siquiera se dé cuenta, y sin consecuencias físicas. Luego, poniendo como ejemplo una teoría “propietarista” -es decir, referente a la libertad sexual como objeto de protección de la violación (por la supuesta “puesta a disposición” del bien “cuerpo” de una persona)- llega a la conclusión de que hacer una analogía del cuerpo de una persona, con la propiedad de una persona, no se sostiene. Y esto porque “(...) el valor de uso que puede exhibir un objeto cualquiera no es sino el valor que ese objeto tiene para una o más personas. Pero entonces, si un objeto es valioso en la medida en que tiene valor para una o más personas, se sigue de ello que la valía de una persona, *en tanto* persona, no es reducible -so pena de circularidad- a un eventual valor de uso. Y si eso vale para la valía de una persona, entonces por implicación también vale para el cuerpo de esa persona, precisamente porque esa persona no es algo distinto de su cuerpo.” (Mañalich, La violación como un delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno, 2014, pág. 38)

⁷⁹ Art. 363. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1°. Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

A modo de paréntesis: que la “objetualización” del cuerpo conste como lo determinante del injusto de la violación -y también, según lo aquí esgrimido, de cualquier tipo de abuso sexual- es lo que permite diferenciar el caso del acceso carnal consentido del abuso de un pedófilo sobre un menor de 18 años. En este último tipo de supuesto, es necesario que se presente algún tipo de forma de abuso, ya sea de alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 363, u algún otro tipo. De no presentarse dicha forma de abuso, no es posible sostener la criminalidad de la conducta. (Salvo los casos en que el legislador presupone, de derecho, que las personas no son susceptibles de otorgar su consentimiento: es el caso de las personas menores de 14 años).

Estas consideraciones colocan en entredicho la afirmación que el bien jurídico protegido por el delito de sodomía sea la indemnidad sexual, o la autonomía sexual (dependiendo de la tesis que se adopte). Esto debido a que no es posible reconocer una “lesión”, en el sentido antes expuesto (objetualización), en la conducta tipificada.

En mi opinión, el delito en cuestión está orientado a la protección de una cierta “moral sexual tradicional”, asociada a lo que Bascuñán llama “El modelo de la Teología Moral Escolástica”⁸⁰, en dónde lo “natural” del hombre y de la mujer juega un papel crucial, pues determina las formas correctas del comportamiento sexual. Uno de sus postulados, o una de las consecuencias de los postulados, es que no puede existir tal cosa como la violación entre marido y mujer, pues, y aunque exista violencia, nunca podrá haber “(...) lujuria, y por lo mismo, tampoco la incriminación del acto bajo el título de infracción del orden moral sexual”⁸¹. Sin embargo, dicho “orden moral sexual” no es reconocido ni en la Constitución Chilena, ni en algún otro tipo de instrumento, sino que, por el contrario, es un resabio de la época y creencias en las cuáles el Código Penal Chileno fue creado.

Por otra parte, asumir como objeto de protección una teoría en dónde el “orden natural” de las personas juega un papel crucial en su constructo, sin encontrarse dicho “orden natural” protegido por alguna de las leyes fundamentales chilenas, ya es evidencia de que *algo huele mal*.

2°. Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3°. Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4°. Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual. (Congreso Nacional, 1874)

⁸⁰ Para ver en detalle los pormenores de esta teoría, ver (Bascuñán Rodríguez, Problemas Básicos de los delitos sexuales, 1997, pág. 75 y ss.)

⁸¹ *Ibidem*, pág. 76.

Cómo fue expuesto en el punto *i*. del capítulo anterior, asumir que “naturalmente” una persona es hombre o mujer ya es complejo, pues dicha clasificación es posterior al cuerpo de las personas. En el presente trabajo, se han esgrimido razones contundentes para rechazar la idea de que los cuerpos y las consecuencias que derivamos de su configuración genital sean “naturales”. De ello se desprende que el género masculino y femenino, y todas las características que socialmente asumimos y asociamos a dicha concepción, es una construcción social, performativa, sin fundamento en la “naturalidad” de las personas. Si esto es aceptado como correcto, la afirmación de que existe un déficit en el consentimiento prestado por las personas menores de 18 años, pero mayores de 14, a ser accedidos carnalmente por otra persona de su mismo sexo y falo portadora, mayor de 18 años; se torna insostenible -así como también la “Teoría de la Moral Escolástica”. En consecuencia, la discriminación para con la realización de este particular tipo de actividad sexual en las personas del rango etario ya descrito carece de fundamento plausible.

Mi impresión es que esta circunstancia ya constituye una razón fuerte para afirmar que el delito de sodomía no cumple con el estándar impuesto por el reconocimiento: por una parte, no reconoce la voluntad a la supuesta “víctima” del delito sin una justificación plausible; ni tampoco cumple con reconocer al “delincuente”: la negación de la posibilidad de ejercer su sexualidad con otro, consentidamente y bajo los presupuestos ya descritos, resulta en una negación de un aspecto importante de su personalidad.

El primer argumento, entonces, en contra de la legitimidad del delito tipificado en el artículo 365 del Código Penal Chileno es comparativo: realiza una distinción en torno al ejercicio de la sexualidad de las personas que no descansa en razones que se sostengan por sí solas. Esto quiere decir que el delito no cumple con la exigencia de “honrar” al delincuente, no se le reconoce como un sujeto capaz de desarrollar un determinado tipo de actividad sexual, tipo de actividad que además se encuentra relacionado a aquello que escapa del paradigma “heterosexual” en el cual se encuentra inspirado el actual Código Penal Chileno. Consecuentemente, la desigualdad de trato que el legislador otorga a quienes se ajustan a la “norma heterosexual” para con quienes escapan de dicho estándar no sólo es arbitraria -lo que quiere decir que no descansa en razones que se sostengan por sí mismas- sino que también atenta contra aquello que es crucial a la hora de juzgar una determinada norma jurídica: no cumple con reconocer la personalidad de quien comete el delito.

Por otra parte, la sexualidad y su ejercicio forma parte importante de la personalidad de los sujetos, y su ejercicio se encuentra íntimamente relacionado con la formación de ésta: de una u otra forma, el cómo, por qué y con quién ejercemos nuestra sexualidad determina quienes somos y por qué somos de determinada manera. Este argumento será expuesto en lo que sigue.

Dennett sostiene que la personalidad de los sujetos se caracteriza por seis elementos o temas: en primer lugar, las personas son seres racionales; en segundo lugar, las personas son seres a los cuáles se les atribuyen estados de conciencia, o sobre los cuáles predicados intencionales psicológicos o mentales son adscritos; en tercer lugar, la consideración de si algo cuenta como persona depende de una actitud tomada a su respecto, o una posición tomada respecto a ello; en cuarto lugar, este objeto sobre el cuál esta posición personal es adoptada, debe ser capaz de algún tipo de reciprocidad; en quinto lugar, las personas deben ser capaces de comunicación verbal; y, finalmente, las personas son distinguibles de otras entidades por ser conscientes, en alguna forma especial⁸².

Todos estos elementos se relacionan entre sí, y todos son constitutivos de lo que podemos considerar como “persona”. Si esta proposición es aceptada como cierta, las consideraciones segunda y tercera resultan pertinentes para mi análisis.

Que la racionalidad, la intencionalidad y la actitud sean los tres primeros temas dice relación con las intenciones que las personas puedan demostrar, y cómo estas las distinguen de otro tipo de “sistemas intencionales”. Las personas no sólo muestran intereses primarios -por ejemplo, el deseo de comer- sino que, a su vez, deben ser complementados con los siguientes tres temas. De esta forma, los deseos de una persona pueden tomarse para con otra persona, o una actitud mental de una persona puede referirse a la generación de un deseo en la otra persona. Creo que un ejemplo gráfico de esto puede encontrarse en la seducción. Por medio de una *performance*, una persona intenta persuadir a la otra de mantener relaciones sexuales en un futuro inmediato. Supongamos el caso prohibido por la sodomía: un varón, llamado M, menor de 18 años, pero mayor de 14; seduce al varón N, de 22 años. Por medio de su *performance*, lo que intenta hacer M es generar el deseo en N para mantener relaciones sexuales con él. Es decir, no sólo M demuestra la intención de mantener relaciones sexuales, lo que se traduce en un predicado intencional psicológico o de conciencia; sino que, a su vez, espera que N tome alguna actitud a su

⁸² (Dennett, 1988, pág. 177 y ss.)

respecto. De esta forma, N podrá aceptar o rechazar dicho ofrecimiento, de acuerdo con sus propios deseos. Supongamos que N acepta el ofrecimiento (lo que significa que N adoptó una actitud de reciprocidad con M, pues respondió a su ofrecimiento). Por lo demás, y a menos que tanto M como N sean parte de algún tipo de secta que intenta comunicarse sólo a través de su mente, dicho proceso de seducción se llevó a cabo de forma verbal, o al menos hubo algún tipo de comunicación verbal. Finalmente, tanto M como N son conscientes, de una u otra forma, de la situación antes descrita: ambos saben qué es lo que sucede, quién es el seductor y quién es seducido, etcétera.

Este ejemplo demuestra por qué el ejercicio de la sexualidad es una actividad intrínsecamente con el ejercicio de la personalidad, y su desarrollo. Si podemos reconocer que al centro el movimiento de la “seducción” se encuentra el ejercicio y desarrollo de la personalidad de un sujeto, consecuentemente podremos sostener que, en primer lugar, ha vivido determinadas circunstancias que lo han llevado a practicar dicho movimiento con unas u otras personas; y, en segundo lugar, que dichas experiencias lo han llevado a ser lo que dicho sujeto es hoy. Esto quiere decir que la sexualidad juega un rol importantísimo en la determinación de la identidad de los sujetos, es decir -y al igual que el cuerpo de una persona es parte de lo que dicha persona es- la sexualidad de las personas y quiénes las personas son no son asunto divisible. La sexualidad y su ejercicio no puede ser separado de la personalidad e identidad de las personas.

El ejercicio de la sexualidad de un mayor de 14 años y menor de 18, salvo que concurra alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 363, pueden ser descritas como una actividad libre realizada por una persona. De esta forma, que M seduzca a un varón mayor dependerá de su propio estado mental: si M es homosexual, sus estados mentales -específicamente, el deseo sexual- seguramente estarán orientados para con respecto a personas de su mismo sexo. En otras palabras, el ejercicio de seducción realizado por M cuenta como una actividad realizada por una persona, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

Creo que, si el ejemplo es contrario -supongamos que M es mayor de 18 años, y N menor de 18 años- también puede predicarse lo mismo: la actividad ejercida por M es realizada por una persona. Si N acepta la propuesta, sin que M haya abusado o “viciado” el consentimiento de N en alguna forma; la actividad de N entonces también puede ser descrita como una actividad

realizada por una persona, sin que se pueda calificar dicha actividad como maligna o lesiva (pues no ha habido abuso del consentimiento de N, siguiendo el ejemplo).

Consecuentemente, el delito tipificado en el artículo 365 del Código Penal Chileno no cumple con el estándar impuesto por la teoría del reconocimiento: específicamente, porque la norma de comportamiento -es decir, no acceder carnalmente a una persona de su mismo sexo, mayor de 14 años, menor de 18- no cumple con “honrar al delincuente”. Es decir, la norma en comento no cumple con los estándares bajo los cuáles las personas son llamadas a responder ante el derecho, sino que, más bien, es una forma de opresión. De hecho, hacer responsable a un agente implica reconocerle su personalidad, su calidad de sujeto y de agente susceptible de actuar en conformidad al derecho, y sobre el cuál las expectativas normativas impuestas por éste le serán exigibles. Para Krause, “(...) la constatación de la sujeción del sujeto a determinados deberes y derechos propios de uno o más *status* supone un estadio posterior al reconocimiento. No podemos valorar a quien no hemos reconocido antes; de modo tal que todo juicio importa, primero que todo, un reconocimiento del otro (...)”⁸³.

Esta afirmación se basa en la consideración de que la sexualidad es una parte importante de la personalidad de las personas, y su ejercicio es posible debido a que quién la ejerce es un sujeto. Por consiguiente, la negación de una determinada forma de ejercicio de la sexualidad -a saber, las personas falo portadoras, con las características etarias ya descritas- supone negar dicho aspecto de su personalidad: dicha negación se traduce en la prohibición absoluta del acceso carnal a su respecto. En consecuencia, lo que la norma impone es la prohibición del ejercicio de la sexualidad con respecto a determinadas personas, es decir, reprime una parte importante de la personalidad de los posibles autores. Dicha exigencia es realizada sólo con respecto a las personas falo portadoras mayores de edad, sin que dicha discriminación se base en razón justificable alguna. Finalmente, la sexualidad o la “orientación sexual” de una persona no es una cuestión que dependa de la voluntad del sujeto: más bien, es un proceso complejo de formación; influido tanto por elementos psíquicos, cómo también elementos sociales. Por este proceso, las personas tampoco pueden ser responsabilizadas, pues no hay forma de que las personas respondan por aquello que escapa de su voluntad. Tampoco puede sostenerse que haya algo maligno o lesivo en tener una u otra orientación sexual.

⁸³ (Krause Muñoz, 2015, pág. 133)

La exigencia de dicho comportamiento no se corresponde, y no puede corresponderse, con un “comportamiento previo defectuoso”. Pues el desarrollo y el ejercicio de la sexualidad de las personas, salvo cuando se objetualiza a otro, no puede considerarse cómo “defectuoso”; pues lo “defectuoso” -asociado a la culpabilidad jurídico penal- es aquello que lesiona el sentido de la justicia, causando profunda indignación. ¿Qué es lo que, del ejercicio libre de la sexualidad, causa profunda indignación? No hay nada que pueda lesionar el sentido de la justicia en el ejercicio de la sexualidad, salvo que se objetualice a otra persona. El ejercicio de la sexualidad es una parte importante del desarrollo de las personas, no sólo constituye un aspecto de su personalidad, sino que de alguna forma la determina, y así como el cuerpo no puede separarse de la persona, tampoco puede su sexualidad. Negarla implica no reconocer un aspecto importante de la personalidad de los sujetos; significa negarlos *en tanto* persona, negar un aspecto importante que se le reconoce a todo el resto de las personas, sin ningún tipo de justificación sostenible.

De esta forma, el delito tipificado en el artículo 365 no cumple con la exigencia de “honrar” al delincuente y, por ende, es una forma de opresión hacia las personas falo portadoras que quieran o mantengan relaciones sexuales con personas de su mismo sexo, sino que también dicho trato no se corresponde con el trato que las personas merecen: esto quiere decir que la norma, además de no cumplir con el estándar del reconocimiento, es profundamente injusta.

Finalmente, el delito de sodomía debe ser derogado -no sólo por su inconstitucionalidad, defendida en el trabajo de diversos profesores de derecho penal, aquí citado y utilizado- sino que también porque niega la personalidad de los sujetos que pudiesen cumplir el tipo, ejercen actividades propias de las personas y cuya sexualidad no puede ser considerada como “incorrecta” o indigna. Por lo demás, dicha consideración se orienta sólo para con respecto a las personas falo portadoras, sin que dicha discriminación se justifique en algún tipo de argumento sostenible. De esta forma, el trato dado por el legislador a las personas con orientaciones sexuales diversas es desigual, sin razón. Finalmente, el delito tipificado en el artículo 365 del Código Penal no cumple con el estándar impuesto por la teoría del reconocimiento, no cumple con “honrar” a quienes pueden ser objeto de su aplicación.

Estas consideraciones hacen posible afirmar que el delito en comento es ilegítimo, y, por consiguiente, una forma de opresión ilegítima para con las personas sobre las cuáles podría llegar a imponerse. Por lo demás, si llegase a imponerse la sanción estipulada en el artículo 365, no

podía ser considerada estrictamente como pena: allí se podrá reconocer una forma de ejercicio del poder estatal sin justificación sostenible. Es decir, dicho castigo sería injusto.

8. Conclusión y comentarios finales.

La teoría del reconocimiento aquí expuesta otorga una útil herramienta para analizar la legislación: el reconocimiento de las personas y de su personalidad. Para ello, en el presente trabajo se expusieron los principales alcances de dicha teoría, así como su aplicación específica en el campo del derecho penal. En este aspecto, para que podamos hablar estrictamente de “pena”, es necesario que se cumpla con el reconocimiento del delincuente en tanto persona, es decir, la pena debe “honrar al delincuente”, reconociéndolo como un sujeto y agente moral, susceptible de ser responsable de sus actos.

En consecuencia, los tipos penales contemplados en la legislación deben considerar, en sus enunciados, a las personas en tanto tales; pues de lo contrario, las posibles consecuencias -y las prohibiciones que establecen- no pueden sino ser explicadas como una particular forma de opresión ilegítima, que lesiona el sentido de la justicia. Esta lesión consiste en no tratar a las personas *en tanto* personas, sino que los niegan en algún aspecto de su personalidad. Si esto es correcto, no “honrar al delincuente” consiste en negar la personalidad del agente objeto de la aplicación de la regla legal deficitaria.

Consecuentemente, las normas penales no pueden negar la personalidad de sus destinatarios. Mi impresión es que, al analizar los distintos tipos penales bajo ésta óptica, hay una serie de consideraciones que resultarán valiosas para el mantenimiento o no de determinados tipos penales que pueden resultar -a primera vista- sospechosos: los delitos de aborto consentido -contemplado en el artículo 344 del Código Penal- así como algunos delitos relacionados con la Ley de drogas -Ley 20.000- sobre todo en lo referente a la persecución, por medio de marcos penales amplísimos, de consumidores de drogas.

De esta forma, la teoría del reconocimiento puede ser utilizada para el análisis de tipos penales existentes y así, otorgar razones contundentes, amparadas en la racionalidad, para la descriminalización de conductas actualmente contempladas en nuestra legislación. Por el

contrario, la teoría del reconocimiento también puede ser utilizada para la evaluación de posibles nuevas disposiciones legales penales, sirviendo no sólo para su perfeccionamiento, sino que también para fomentar el trato digno que las personas se merecen.

Por las razones ya expuestas, en este trabajo sostengo que el tipo contemplado en el artículo 365 del Código Penal Chileno no cumple con reconocer a los sujetos que pueden cometer el tipo. Esto quiere decir que los sujetos no son “honrados” por el tipo en comento, pues se les niega su calidad de personas. Sólo por esta circunstancia, ya es posible afirmar la ilegitimidad de la norma. Sumado aquello a la discriminación arbitraria realizada sobre los sujetos de diferentes configuraciones corporales; o que el consentimiento para ser accedido carnalmente sea negado sólo a un tipo de personas mayores de 14 años, pero menores de 18; es una discriminación que no descansa en razones que se puedan sostener por sí mismas.

Finalmente, la teoría del reconocimiento podría ser utilizada también para la posible inclusión de nuevas formas delictuales: allí dónde, por conductas realizadas, no sea reconocida la personalidad de los sujetos; podría argumentarse que dicha circunstancia lesiona el sentido de la justicia, de una forma que causa indignación. Creo que algún tipo de conductas antisindicales - negando el derecho a las personas a auto organizarse- podría ser un interesante aspecto que analizar bajo esta óptica.

9. Bibliografía.

- Bascuñán Rodríguez, A. (1997). Delito y pena en la filosofía del derecho de Hegel. En A. S. (Editor), *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (págs. 289-303). Valparaíso: Sociedad Chilena de filosofía Jurídica y Social.
- Bascuñán Rodríguez, A. (1997). Problemas Básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho*, 73-94.
- Bascuñán Rodríguez, A., Conso Salas, J., Cox Leixelard, J., de la Fuente Huland, F., Fernández Cruz, J., Guzmán Dálbora, J., . . . Soto Piñeiro, M. (2011). La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, 73-109.
- Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan*. Buenos Aires: Paidós.
- Butler, J. (2007). *El Género en disputa*. Barcelona: Paidós.
- Carrasco Jiménez, E. (2007). *Scielo*. Obtenido de Ius et Praxis (online):
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200007
- Congreso Nacional. (12 de Noviembre de 1874). Código Penal. Santiago de Chile, Región Metropolitana, Chile.
- Córdoba García, D. (2003). Identidad sexual y performatividad. *Athenea Digital*, 87-96.
- Dennett, D. (19 de Diciembre de 1988). What is a Person. En D. Dennet, *What is a person?* (págs. 175-196). Humana Press. Obtenido de <https://philpapers.org/archive/DENCOP.pdf>
- Green, L. (2010). Positivismos y la inseparabilidad del derecho y la moral. En M. O. Benado, *Causas Perdidas* (págs. 213 - 231). Santiago de Chile: Catalonia.
- Häbermas, J. (1997). La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho. *Revista de Filosofía*, 25-47.

- Hart, H. (1959). The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment. En H. Hart, *Proceedings of the Aristotelian Society* (págs. 1-26). New Series. Recuperado el 12 de Enero de 2019, de <http://www.jstor.org/stable/4544619>
- Hart, H. (1961). *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abelardo Perrot.
- Hegel, G. (2002). *Filosofía del Derecho*. México D.F.: Ediciones Casa Juan Pablos.
- Honneth, A. (1997). *La Lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica - Grijalbo Mondadori.
- Husak, D. (2013). *Sobrecriminalización*. Madrid: Marcial Pons.
- Kindhäuser, U. (2011). Personalidad, culpabilidad y retribución. En U. K. Mañalich, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho* (págs. 3 - 28). Buenos Aires: IBdeF.
- Krause Muñoz, M. S. (2015). *Responsabilidad: lo unitario en los sistemas Civil y Penal*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Ley N°19.969. Código Procesal Penal. (12 de Octubre de 2000). *Diario Oficial de la República de Chile*. Santiago de Chile, Región Metropolitana, Chile.
- Mañalich, J. P. (2007). La pena como retribución. *Revista Estudios Públicos*, 117-205.
- Mañalich, J. P. (2010). Retribución como Coacción Punitiva. *Derecho y Humanidades, Universidad de Chile*, 49 - 67.
- Mañalich, J. P. (2011). Beccaria: la pena como exclusión. En U. K. Mañalich, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho* (págs. 251 - 287). Buenos Aires: IBdeF.
- Mañalich, J. P. (2011). Pena y Ciudadanía. In U. K. Mañalich, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho* (p. 116). Buenos Aires: IBdeF.
- Mañalich, J. P. (2014). La violación como un delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. *Ius et praxis*, 21-70.
- Nacional, C. (12 de Noviembre de 1874). Código Penal. Santiago de Chile.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Madrid: Civitas.

Sentencia ROL N°3205-17-INA (Tribunal Constitucional de Chile 16 de Agosto de 2018).

Siep, L. (2010). Recognition in Hegel's Phenomenology of Spirit and Contemporary Practical Philosophy. En H.-C. S. Zurn, *The Philosophy of Recognition* (págs. 107-127). Maryland: Lexington Books.

Taylor, C. (1993). *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Waldron, J. (24 de Septiembre de 2008). *The Concept and the Rule of Law*. Obtenido de Social Science Research Network:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005

Zúñiga Fajuri, A., & Villavicencio Miranda, L. (2015). La violencia de género como opresión estructural. *Revista Chilena de Derecho Vol. 42 N°2*, 719-728.