



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Postgrado

Proyecto de Actividad Formativa equivalente a Tesis para obtener el grado de
Magíster en Derecho, Mención en Derecho Penal.

EL DELITO DE SODOMÍA ENTRE MENORES DE EDAD EN CHILE

MARISOL NOEMI GARCIA CARRERA

PROFESOR GUIA: ALVARO CASTRO M.

Enero de 2020

“A mi amada familia,

siempre presente, con infinito amor.”

RESUMEM

La presente investigación plantea la hipótesis de la ilegitimidad de la prohibición penal contenida en el delito de sodomía cometido por varones adolescentes, no sólo es la manifestación de la falta de igualdad en el reconocimiento del ejercicio de libertad sexual por orientación sexual, sino que además, resulta especialmente afectadora al derecho a la autonomía sexual, que ha de reconocerse a los adolescentes en el ámbito del desarrollo normal de su sexualidad. En particular cuando dicho proceso involucra a sujetos que forman parte de un mismo segmento etario. Todo lo anterior, bajo el pretexto de protección a la indemnidad sexual como bienestar sexual, en circunstancias que lo que se ampara es la moral social sexual, cuyo estándar de legitimidad no resiste el peso de las exigencias del derecho penal moderno.

Palabras claves: adolescentes- desarrollo de la sexualidad- prohibición de la sodomía- indemnidad sexual- autonomía progresiva.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
RESUMEN	III
INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO PRIMERO.	
Aportes de la psicología y la sociología en el desarrollo de la sexualidad en niños y adolescentes	10
1.1 Conceptos generales.....	10
1.2 El desarrollo de la identidad sexual en niños y adolescentes	13
1.2.1. El comportamiento homosexual y la anomalidad	17
1.2.2. El comportamiento homosexual entre niños y adolescentes y el daño.....	20
1.3. Sociología de la infancia: cultura infanto-adolescente y daño	23
1.4. La identidad sexual como constructo socia-cultural	25
CAPITULO SEGUNDO.	
Aportes del derecho penal sexual moderno al derecho penal moralizante en materia de delitos sexuales	27
2.1. El derecho penal sexual moralizante.....	27
2.1.1 El modelo de la moral escolástica	27
2.1.2 El modelo de la Ilustración.....	30
2.1.3 El modelo de la codificación.....	32
2.2. El desarrollo del derecho penal sexual moderno	34
2.2.1. El modelo del reformismo en Europa.....	36
2.2.2. La crítica a la neutralidad valórica del derecho penal moderno.	42
CAPITULO TERCERO.	
El delito de sodomía en Chile	44
3.1. El delito de sodomía en el Código Penal de 1875.....	44
3.2. La honestidad sexual como bien jurídico protegido.....	45
3.3. El delito de sodomía con las reformas al Código Penal de 1972-1994	46
3.4. El delito de sodomía con la reforma al Código Penal por la Ley N° 19.617.....	47
3.5. Aumento del límite de edad para el consentimiento sexual. Ley N°19.927	53
3.6. Análisis dogmático del artículo 365 del Código Penal con la reforma de la Ley N°19.617.....	55
3.6.1. La conducta prohibida.....	55
3.6.2. Los sujetos del delito.....	56
3.6.3. El tipo penal subjetivo.....	57
3.7. El delito de sodomía en la Ley N° 20.084.....	58
3.8. Discusión sobre la naturaleza jurídica de la regla del art. 4ª de la Ley N°20.084	61
CAPITULO CUARTO:	
Inconstitucionalidad del delito de sodomía entre menores de edad	64
4.1. Discusión doctrinaria sobre el bien jurídico protegido en el delito de sodomía con la Ley N°19.617.....	64
4.1.1. La libertad sexual.....	66
4.1.2. La indemnidad sexual en función del bienestar sexual.....	67
4.1.3. La indemnidad sexual en función de la autonomía personal.....	71
4.1.4. La honestidad sexual.....	72
4.2. Estándares de protección frente atentados sexuales y el bien jurídico protegido en el delito de sodomía en la Ley N°19.617.....	73
4.3. Alcances del bien jurídico protegido del delito de sodomía en la Ley N°20.084...	78
CONCLUSIONES	80
BIBLIOGRAFIA	83

INTRODUCCIÓN

En Junio del año 2007 entró en vigencia en Chile la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes,¹ en adelante LRPA, que establece un sistema de responsabilidad penal especial de los delitos cometidos por adolescentes, fijando como límite de su aplicación a quienes al momento de la comisión del delito sean mayores de 14 años y menores de 18 años de edad.² Esta ley estableció un régimen diferenciado respecto del sistema de responsabilidad penal de los adultos, que se funda en las características especiales de desarrollo de los adolescentes, derivadas de factores biológicos, psicológicos y sociales que los distinguen y que dan cuenta de su particulares formas de interacción.³

La finalidad del proyecto que dio origen a la LRPA fue adecuar la normativa interna a la Constitución Política, y al cumplimiento de compromisos adquiridos por Chile en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente,⁴ en adelante CIDN, y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile.⁵

La LRPA no contiene una tipificación propia de delitos distintos del Código Penal, prescribiendo que, en lo no previsto por la ley, le serán aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas en el Código Penal y en leyes especiales. Sin embargo, en lo relativo a los presupuestos de la responsabilidad penal, que determinan el injusto y la culpabilidad del autor, prácticamente no hay reglas especiales, salvo en lo dice relación con las faltas y con los delitos sexuales impropios. Se plantea la necesidad de un

¹Ley N°20.084. Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 07 de Diciembre de 2005. Por disposición del artículo transitorio N°1 de la Ley, la entrada en vigencia fue de 18 meses después de su publicación, esto es, el 07 de junio de 2007.

² Art.3°Ley N°20.084.

³ HERNÁNDEZ, Héctor. El nuevo Derecho Penal de Adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito. *Revista de Derecho*. XX (2):195-196-202,2007.

⁴ Este convenio fue firmado por Chile el 26 de enero de 1990. En julio de 1990, aprobado por el Congreso Nacional, ratificándose ante el Secretario General de la ONU el 14 de agosto de 1990. Su promulgación como ley de la República se realizó a través de decreto Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que se publicó en el Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 de septiembre de 1990.

⁵Historia de la Ley N°20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley penal, 07 de Diciembre 2005. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Mensaje 68-347, de 2 de Agosto de 2002, de S.E. el Presidente de la República, con el que se inicia el Proyecto de Ley, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5762/> [consulta:10 de Enero 2019].

enfoque diferenciado de los presupuestos de responsabilidad, en aquellos delitos como los sexuales, en que la víctima solo puede ser otro adolescente o un impúber.⁶

En efecto, en nuestro sistema penal, la diferencia de edad entre un adulto y un menor, adquiere relevancia por el contraste que se produce entre el grado de desarrollo de la madurez que cada uno experimenta.⁷ La minoría de edad de la víctima es considerada por el legislador presuntivamente como una situación de vulnerabilidad que debe ser protegida, respecto de sujetos que se encuentran en posición de abusar de ella, debido a su adultez o al menos, en atención a una significativa diferencia de edad, entre la víctima menor y el adulto.⁸

El tratamiento penal de las conductas sexuales realizadas por sujetos adultos con víctimas menores de edad es diferente del establecido para conductas sexuales realizadas por adolescentes con otros adolescentes o impúberes. En opinión de Hernández, no es la sexualidad de los menores de edad lo que se intenta reprimir, sino el abuso o explotación del que pueden ser víctimas por parte de ciertos sujetos, fundado en la superioridad etaria del autor.⁹

A su vez, el tratamiento dispensado a los atentados sexuales cuando estos se dirigen a víctimas menores de edad, es diferente, según si se trata de un impúber, menor de 14 años, en cuyo caso la protección es absoluta, respecto de atentados sexuales de parte de adultos; o si el atentado se dirige en contra de un púber o adolescente, en cuyo caso, la protección penal es intensificada.

En el ámbito de los delitos sexuales, un aspecto consensuado, según Couso, es la necesidad de un tratamiento diferenciado de los atentados sexuales impropios, aquellos en que la lesividad de la conducta, no se fundamenta en un atentado contra la libertad sexual, por haberse realizado un acto contra su voluntad o consentimiento de la víctima,

⁶ COUSO, Jaime. La especialidad el derecho penal de adolescentes, fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.(XXXVIII):269, primer semestre, 2012.

⁷ Ibid, p. 202.

⁸ Ibid, p. 204.

⁹ Ibid, p. 203. Hernández plantea que lo mismo ocurre en el delito de sustracción de menores, donde no se quiere proteger a los niños o adolescentes de sí mismos, sino que de una amenaza que viene de personas mayores.

sino que es presumida por la ley, cuando uno de los intervinientes en un contacto sexual, tiene cierta edad, definida como edad de consentimiento sexual.¹⁰

El legislador de la LRPA con la finalidad de evitar la criminalización de las conductas sexuales realizadas entre menores en esta etapa de sus vidas, donde la experimentación forma parte del desarrollo normal de su sexualidad, incorporó en el artículo 4° de la LRPA, una regla especial en materia de delitos sexuales, de exención de responsabilidad penal, tomando en consideración la temprana edad de iniciación sexual en Chile, incluso antes de cumplir los 14 años de edad¹¹ y la forma de interacción que se desarrolla entre niños y adolescentes durante el pololeo.¹²

Esta exención modificó la estructura general de exención de responsabilidad, esta clase de delitos, cuando se aplica a menores, bajo la exigencia de ciertos requisitos. La regla del art. 4° de la LRPA se expresa en los siguientes términos:

“No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 *quater* del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de catorce años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”.

Entre los tipos penales incluidos en la regla de exención, se encuentra el delito de sodomía. Según dicha disposición, no puede procederse penalmente en contra de un adolescente por este delito cuando la víctima sea una persona menor de 14 años, y no concurran las circunstancias de la violación art. 361 ni del delito de estupro del art.363, ambos del Código Penal, y que entre el autor y la víctima exista una mínima diferencia de edad que de acuerdo a la interpretación que se da al artículo, debe ser inferior a 2 años.

Esta regla especial de la LRPA modifica la estructura de exención de responsabilidad en materia de delitos sexuales existentes en el Código Penal, ya que otorga relevancia

¹⁰ COUSO, J. 2012. op. cit., p. 295

¹¹ INJUV. Instituto Nacional de la Juventud (2005). 2° Informe Nacional de Juventud disponible en World Wide Web: <http://www.injuv.cl> [consulta: 15 de enero de 2019] Según una encuesta del INJUV, el 16% de los jóvenes en Chile, declaró iniciarse sexualmente antes de los 14 años de edad.

¹² Loc.cit.

jurídico penal a la diferencia de edad entre el autor y la víctima, cuando el autor es un adolescente y la víctima un impúber, menor de 14 años, alterando el estándar de protección a impúberes existente en el sistema de delitos sexuales. Resulta difícil la interpretación de esta norma de exención entre otras circunstancias, porque en el derecho penal de adultos el delito de sodomía se aplica a víctimas menores de edad, pero mayores de 14 años. Lo anterior se debe a que, cuando se trata de víctimas menores de 14 años, concurre el tipo de violación impropia del art. 362 del Código Penal y no el delito de sodomía.

En consecuencia, sin perjuicio de las diferentes interpretaciones que del art 4º de la LRPA se puedan realizar, respecto de su naturaleza jurídica, en principio y en una interpretación literal de la norma, es posible afirmar que el delito de sodomía del art. 365 del Código Penal, castiga al adolescente varón, que realiza una conducta de acceso canal, (de penetración anal), a otro varón menor de edad, quien es accedido, en los siguientes casos:

- a) Cuando el varón accedido sea otro adolescente o púber, esto es, entre los 14 años y los 17 años de edad.
- b) Cuando el varón accedido sea un impúber, menor de 14 años, y concurra una diferencia de edad de a lo menos 2 años, entre el sujeto accedido y el imputado.

Se trata de la prohibición penal respecto de una conducta de acceso carnal consentida, entre varones menores de edad, sin que concurren circunstancias de violencia, intimidación, ni abuso, previstas para los delitos de violación y de estupro.

Lo anterior nos conduce a preguntarnos acerca de la inconstitucionalidad de la sodomía entre varones menores de edad ¿qué razones tiene el legislador penal moderno, en un Estado democrático, para criminalizar el comportamiento sexual de penetración anal, realizado entre varones menores de edad, que se encuentran en etapa de experimentación o de expresión de su identidad sexual, sin reconocer en ellos, autonomía sexual en dicho comportamiento?.

Para indagar acerca de esta problemática, en el primer capítulo del presente trabajo se revisarán los principales aportes de la psicología y sociología modernas, al derecho penal sexual, en el ámbito del desarrollo de la sexualidad en niños y adolescentes. En el capítulo segundo nos referiremos a los aportes del derecho penal sexual moderno desarrollado en Europa, principalmente, respecto del derecho penal sexual de carácter

moralizante. En el capítulo tercero, nos remitiremos a un análisis dogmático del delito de sodomía en Chile, desde su origen en el Código Penal de 1875, y las principales modificaciones a este, mediante la dictación N°19.617, de 1999, que reforma la sistemática de los delitos sexuales; de la Ley N° 19. 927, de 2004, que aumenta la edad del consentimiento sexual y de la Ley N°20.064, vigente desde el año 2007, que establece la Responsabilidad Penal Adolescente y que introduce una regla especial de exención de responsabilidad penal, que incluye el delito de sodomía.

En el capítulo cuarto, nos centraremos en la discusión respecto del objeto de protección de los atentados sexuales contra menores de edad, y en particular respecto del delito de sodomía, a partir de las reformas de la Ley N°19.617 y la Ley N°20.064. Para concluir finalmente, con la inconstitucionalidad del delito de sodomía entre menores de edad en Chile, considerando todos los aspectos abordados en la presente investigación.

1. APORTES DE LA PSICOLOGÍA Y LA SOCIOLOGÍA EN EL DESARROLLO DE LA SEXUALIDAD EN NIÑOS Y ADOLESCENTES.

1.1. Conceptos generales

El concepto de infancia es una construcción cultural en desarrollo. En Roma y en Grecia, los niños, las mujeres y los esclavos, no eran considerados como persona, el infanticidio y la inmolación de niños eran prácticas habituales. Durante la Edad Media, no se visibilizaba a los niños, solo a partir del cristianismo se prohíben las conductas que los afecte, y es recién en el siglo XIV cuando la infancia comienza a adquirir importancia.¹³ Desde principios del siglo XX, la protección de la infancia entró en un creciente proceso evolutivo, siendo su principal regulación jurídica a nivel internacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, en adelante CDN, de la cual Chile es parte desde 1990.¹⁴

La CDN, da un giro en la concepción pasiva de la infancia, de un marcado paternalismo de los adultos, hacia una concepción activa, que afirma el reconocimiento jurídico de la calidad de sujetos de derecho de los niños y adolescentes, a quienes se les identifica como sujetos con opiniones propias y con grados progresivos de autonomía.¹⁵

Cuando se hace referencia a la niñez y a la adolescencia, se entienden en un sentido de desarrollo, de maduración o crecimiento. El término infancia, proviene del latín

¹³ ARIES, Phillipe. La infancia, *Revista de Educación*. 254:1-8, España.1993.

¹⁴ Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de de Noviembre de 1989, suscrita por Chile el 26 de Enero 1990 y publicada por Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 27 de Septiembre de 1990.

¹⁵ Art.5 CDN :“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”

Art. 12 CDN : “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, niña y adolescente en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

“*infantia*”, que se refiere a un periodo de la vida humana, que parte desde el nacimiento hasta la pubertad y que corresponde a la época conocida como la niñez.¹⁶

La adolescencia corresponde a un periodo de crecimiento y desarrollo que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años aproximadamente.¹⁷ Se trata de un periodo en que el individuo se desarrolla desde la aparición inicial de los caracteres sexuales secundarios, hasta el de la madurez sexual; a su vez, los procesos psicológicos y las formas de identificación evolucionan desde los de un niño a los de un adulto, constituye un estado de transición desde la dependencia socioeconómica total a otro de relativa independencia.¹⁸

La referencia a “menores de edad” tiene un alcance normativo jurídico, que en Chile incluye a todas aquellas personas que aún no cumplen los 18 años de edad¹⁹. Dentro del segmento etario de menores de edad, se marca una diferenciación según el grado de desarrollo o madurez alcanzado. La pubertad, es un proceso biológico, que obedece a criterios estadísticos y que marca el comienzo de la adolescencia. Consiste en la etapa del crecimiento y desarrollo en que se produce la maduración de los caracteres sexuales y la capacidad de reproducción.²⁰

Este criterio de diferenciación es recogido por el art. 26 del Código Civil chileno,²¹ que distingue entre los menores de edad de la siguiente forma: “Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de

¹⁶ Enciclopedia Real Academia de la Lengua española. <http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=menor de edad> [consulta: 02 Marzo 2019].

¹⁷ Organización Mundial de la Salud (OMS). Ginebra. 2016. citado 22 de Junio 2016. Desarrollo en la adolescencia. < https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/ > [consulta: 02 de Marzo de 2019].

¹⁸ En Chile, el Instituto Nacional de la Juventud, considera como jóvenes, a personas entre los 15 y 29 años, abarcando un espectro más amplio que el definido para el ámbito de la salud, poniendo mayor énfasis en aspectos sociales en sus programas, clasificando la juventud en tres tramos etarios: ubicando dentro del primer tramo, a los individuos entre los 15 a los 19 años, como adolescentes. Instituto Nacional de la Juventud , INJUV, 1999

¹⁹ Ley N°19.221. Establece Mayoría de Edad a los 18 años y Modifica Los Cuerpos Legales que indica. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 01 de Junio de 1993.

²⁰ Güemes-Hidalgo. M, González-Fierro. M; Hidalgo Vicario, M. Pubertad y adolescencia. *ADOLESCER. Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*. V(1):7. Enero/Febrero 2017.

²¹ DFL N°1. Ministerio de Justicia, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Diario oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000.

edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”.

De esta manera, entre los menores de edad puede distinguirse entre los impúberes y los púberes. El impúber, en caso de ser un varón, es aquel que no ha cumplido los 14 años de edad. El púber, es aquél que tiene entre los 14 años y los 17 años de edad, este es el rango etario que abarca el concepto de “adolescente” en la LRPA.²²

Durante la niñez y la adolescencia el desarrollo de la sexualidad constituye un aspecto relevante dentro del proceso de madurez y de consolidación de la identidad del individuo, fundamental para enfrentar la vida adulta. La prohibición penal de la sodomía entre varones menores de edad, implica la represión de un comportamiento sexual, consentido, dentro de un periodo de la vida de los involucrados de desarrollo de su identidad sexual.

Couso, en su exposición sobre “La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal”, en el año 2009,²³ da cuenta de un importante aporte al derecho penal sexual infanto-adolescente, proveniente desde el campo de la psicología, la sociología y la antropología, que tiene repercusiones en el ámbito de la interacción sexual que involucra a los menores de edad, al señalar que la transformación del mapa cultural de la sexualidad en occidente, desde un modelo reproductivo patriarcal, que consideraba la sexualidad con menores de edad, como una inmoralidad y un atentado contra el honor y las prerrogativas del padre de familia, a uno no reproductivo, centrado en la realización del deseo sexual y la búsqueda de la felicidad personal, fija el parámetro para reconfigurar el tratamiento legal de la sexualidad de los menores de edad, exclusivamente, a partir del principio del daño.

La sexualidad es un ámbito de realización personal, cuya represión penal solo se legitima si el ejercicio de la sexualidad provoca un daño para terceros, o para sí mismo, en el caso que interactúen menores de edad, que no tienen suficiente autonomía, y respecto de quienes, el paternalismo jurídico está justificado, sostiene Gastón Valdés.²⁴ Sin embargo, para Couso, a partir del cambio del paradigma de la infancia en la CDN,

²² Loc. cit.

²³ COUSO, J. *La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal, ahora, en ALEGRE, Marcelo (editor), Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. SELA. 2009.* Buenos Aires, Librería, 2010. p.14

²⁴ Ibid, según Garzón Valdés, citado por Couso.

que entiende a los niños y adolescentes, como sujetos de derecho y portadores de una autonomía progresiva, se reconoce sólo en forma limitada la justificación de acciones paternalistas respecto de niños y adolescentes que se dañen a sí mismos.

Couso indica que para poder definir bajo qué condiciones la sexualidad de los niños y adolescentes podrían ser dañinas para ellos, se debe recurrir a los lineamientos que ofrece la investigación de las ciencias de la conducta,²⁵ que permiten identificar potenciales daños vinculados a relaciones sexuales durante estas etapas del desarrollo. Esa información permite establecer un límite en la determinación sobre la prohibición penal, ya que no puede prohibirse un comportamiento sexual que no dañe.

De tal modo, y siguiendo esta línea, se indagará a continuación, en que medida una conducta sexual entre varones menores de edad, durante el proceso de desarrollo de su identidad sexual, puede provocarles daño a ellos mismos, según los resultados de las investigaciones sobre estos aspectos en el ámbito de la psicología y la sociología modernas.

1.2. El desarrollo de la identidad sexual en niños y en adolescentes.

La sexualidad humana abarca dos grandes aspectos, el sexo biológico y el sexo psíquico. El sexo biológico se encuentra referido a la determinación morfológica o genética que diferencian al hombre de la mujer²⁶, y al tratarse éste de un fenómeno de la naturaleza, es objeto de estudio científico de la biología. Por su parte, el sexo psíquico, comprende los modos de vivencias internas relacionadas con los polos sexuales²⁷, y al tratarse este de un fenómeno complejo, abarca aspectos más amplios, tanto de carácter, psicosocial, como sociocultural.

La identidad sexual es un aspecto de la sexualidad, definida por Valenzuela como la auto-asignación, aceptación o adjudicación consciente o inconsciente, de la pertenencia a un estado de psiquismo sexual.²⁸ Implica que la persona asume una denominación reconocida socialmente, que incluye sentimientos, atracciones y conductas sexuales".²⁹

²⁵ Ibid, p.15

²⁶ MONGE, Ana. *El papel de las figuras parentales en la atención de la salud, el desarrollo y la sexualidad en la adolescencia*. Tesis para optar el grado de licenciatura en psicología. Universidad de Costa Rica. 1991.

²⁷ VALENZUELA, C. *Fenotipos sexuales psicosociales. Una proposición y su ontogenia*. *Revista Médica de Chile*. 1993. p. 695

²⁸ Ibid.p.693

²⁹ CONEJERO Sandoval, Jennifer. *Estudio exploratorio: Manifestaciones de la orientación sexual*

La identidad sexual, es el resultado de la interacción de factores biológicos, familiares, sociales,³⁰ históricos y culturales³¹ que hacen que se plantee como un estado que puede cambiar,³² y está conformada por tres aspectos: la identidad genérica nuclear, el rol de género y la orientación sexual.³³

La identidad genérica nuclear es entendida como el reconocimiento temprano que realiza una persona de pertenecer a un determinado sexo³⁴ y está influenciada por factores biológicos y psicológicos.³⁵

El rol de género, a su vez, se refiere a las conductas, actitudes y características de personalidad que un grupo social situado en un periodo histórico y cultura determinada, designa como masculino o femenino³⁶, se vincula con las expectativas culturales frente al sexo.

La orientación sexual es un aspecto de la identidad sexual, entendida como la organización específica del erotismo y del apego emocional³⁷ y que consiste en la activación sexual hacia las demás personas. Si la activación sexual se dirige al sexo opuesto, la orientación es heterosexual; si se dirige hacia personas del mismo sexo, la orientación es homosexual, que a su vez puede ser femenina o masculina; Si se dirige a ambos sexos en forma indistinta, se trata de una orientación bisexual.

La orientación sexual se manifiesta mediante las fantasías sexuales, la atracción sexual,³⁸ los sentimientos y emociones románticas, y en las conductas sexuales³⁹, o bien en una combinación de estos factores.⁴⁰ La presencia de uno solo de estos factores no

en un grupo de adolescentes en la ciudad de Santiago. Tesis (Magíster en Psicología). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales Departamento de Psicología. 2009. p.13. Citando a Chung & Katayama, (1998) y a Savin-Williams & Cohen, (2004).

³⁰ ALMONTE, C. *Desarrollo homosexual en el Adolescente.* 2006. En: ZEGERS, B., LARRAÍN, M.E., BUSTAMANTE, F. 2007. *Sobre la homosexualidad.* Santiago. Mediterráneo. p.15

³¹ CONEJERO. op.cit., p.9, citando a Gay and Lesbian Medical Association [GLMA], (2003), y a Zucker (2004)

³² Loc.cit. según lo afirman: Almonte (2007), Montoya (2004) y Shutt-Aine & Maddaleno (2003)

³³ Loc.cit. según lo sostienen Almonte (2006) y Zegers y Larraín (2007)

³⁴ CONEJERO. Op.cit. p.9.

³⁵ Loc.cit.

³⁶ Loc.cit.

³⁷ CONEJERO, op.cit., p.11. Organización Mundial de la Salud (2000) en Shutt-Aine & Maddaleno (2003)

³⁸ Loc. cit.

³⁹ Loc. cit

⁴⁰ Loc. cit. OPS (2006)

es suficiente para definir la orientación sexual de una persona. Tanto la orientación sexual como la identidad sexual podrían cambiar durante la vida.

Se ha logrado establecer que la sexualidad humana comienza su desarrollo desde la fecundación. Las conductas asociadas a la sexualidad, tales como la lubricación sexual en mujeres y erecciones en varones, se presentan desde el nacimiento.⁴¹ y desde los 3 años de edad, aproximadamente, hasta los 7 años, se produce un aumento en el interés y conductas sexuales.

Según diversos estudios, las primeras fantasías sexuales y sentimientos ocurren por lo general dentro de la familia. Se plantea la importancia de la aceptación de la conducta sexual del niño o niña.⁴² Entre los 6 y 9 años de edad aproximadamente, se produce el aprendizaje y socialización de las normas culturales vinculadas a los roles de género, modelando las propias conductas a través del proceso de identificación,⁴³ que se realiza mediante refuerzos y castigos. Alrededor de esta edad, el niño y niña, adquiere la constancia de género.⁴⁴

Según sostiene Thorne, desde el final de la niñez y a comienzos de la pubertad, esto es, entre los 8 a los 12 años de edad, las relaciones sociales entre pares son fundamentales para el desarrollo de la sexualidad,⁴⁵ estableciéndose relaciones homo-sociales con pares del mismo sexo, lo cual permite la exploración y el conocimiento respecto su mismo sexo, siendo la masturbación, la primera conducta sexual. Alrededor de los 10 y los 12 años, se produce la primera atracción sexual, precedida alrededor de 1 año antes, por la primera fantasía sexual.⁴⁶ En esta etapa se producen los cambios biológicos que dan lugar a la formación de las características sexuales secundarias y en conjunto con aspectos psicológicos, que sirven al adolescente para plantearse su identidad sexual.

La edad de iniciación sexual se produce cada vez más tempranamente y está influenciada por diversos factores: familiares, religiosos y socioeconómicos.⁴⁷

⁴¹ CONEJERO. op.cit.,p.13

⁴² Loc. cit.

⁴³ Loc. cit.

⁴⁴ CONEJERO.op.cit.,p.14 .Thorne(1993) en DeLamater & Friedrich (2002).

⁴⁵ Loc. cit.

⁴⁶ Loc.cit.

⁴⁷ Sobre este punto, DeLamater y Friedrich (2002), señalan que un adolescente con una familia nuclear intacta, que asista a la Iglesia y que tenga oportunidades de proseguir con los estudios

Respecto de las conductas sexuales con personas del mismo sexo, y conforme al resultado de algunas investigaciones realizadas en Estados Unidos en el grupo etario de 12 a 14 años, entre un 5% y un 10% de los varones y un 6% de las mujeres habrían tenido su primera experiencia homosexual.⁴⁸

Según estas investigaciones solo en ciertos casos la conducta homosexual perdura por un tiempo, generalmente es por curiosidad y luego decae, siendo muy bajo el porcentaje de niños o adolescentes que mantiene un comportamiento homosexual hasta su adultez.⁴⁹ En estas investigaciones sobre la identificación homosexual, aparece como el elemento más relevante la atracción por personas del mismo sexo, seguido por las fantasías y experiencias sexuales.

La adolescencia es una etapa de flexibilidad en cuanto a la orientación sexual, ya que permite la experimentación a través de las fantasías⁵⁰ y de las conductas sexuales⁵¹. Es al final de la adolescencia, cuando el desarrollo de la identidad sexual adquiere estabilidad. Algunas investigaciones concluyen que en un desarrollo normal, tanto la orientación como la identidad sexual, se establecerían al finalizar la adolescencia, la que se encontraría fijada en ambos sexos, a la edad de 16 años, y que los hombres de edad entre 16 y 21 años no se encuentran en una especial necesidad de protección frente al riesgo de ser inducidos a la homosexualidad.⁵²

De acuerdo a los resultados de las investigaciones, en Estados Unidos y en Suiza,⁵³ que son los más relevantes en esta materia, alrededor del 90% de los adolescentes se declararon predominantemente heterosexuales, cerca del 2% se declararon bisexuales u homosexuales y, el resto manifestó estar inseguro con respecto a su orientación

superiores, comenzará su vida sexual de manera más tardía.

⁴⁸ CONEJERO. op.cit., p.15

⁴⁹ Ibid. p.

⁵⁰ Ibid . p.

⁵¹ Ibid. p. citando a GLMA, 2003

⁵² loc. cit.

⁵³ CONEJERO, J; Y ALMONTE, C. Desarrollo de la orientación sexual en adolescentes de 16 a 18 años de ambos sexos de Santiago de Chile. Estudio Exploratorio. Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría. 2009. 47 (3): 201-208. p.p 201,2002.

sexual.

En Chile, las investigaciones respecto del comportamiento sexual, los resultados arrojan, que las mujeres iniciarían su actividad sexual a los 17,8 años y los hombres a los 16,2 años, presentado diferencias en cuanto a nivel socioeconómico y nivel educacional, correspondiendo al nivel medio 18 años para las mujeres y 17 para los hombres⁵⁴. En cuanto a estudios sobre conductas homo eróticas, existen muy pocos, según la encuesta CONASIDA, un 0,3 por ciento de los hombres se considera homosexual y un 0,1 por ciento de las mujeres⁵⁵.

En consecuencia, heterosexualidad sería lo más frecuente entre las personas, siendo las relaciones homo-eróticas de menor ocurrencia. Un grupo minoritario, tendría varios tipos de experiencias homosexuales, y un grupo aún más pequeño, es el segmento de personas que se definirían como homosexuales.⁵⁶

La Organización Panamericana de la Salud, indica que entre el 6% y el 8% de los adolescentes se declararan como bisexuales u homo- sexuales al finalizar la adolescencia, para los estudios al respecto recomienda enfocarlos desde una perspectiva de desarrollo humano.⁵⁷

1.2.1. El comportamiento homosexual y la anormalidad

El comportamiento homosexual es aceptado como parte de la niñez en muchas sociedades,⁵⁸ sin embargo, en la mayoría se desaprueban las relaciones homosexuales que involucren a niños⁵⁹ y adolescente incluso cuando dichas conductas se realizan entre niños y adolescente, sin que se involucre un adulto.

En el campo de la psicología, a partir del desarrollo del psicoanálisis, se destacó la importancia de la expresión de la sexualidad infantil en la formación de una personalidad madura, apta para establecer relaciones interpersonales satisfactorias. Freud, había planteado un periodo de latencia en relación con el sexo, hasta la pubertad, que involucra las etapas oral, anal y genital. Sin embargo, el psicoanálisis advierte también serios riesgos de patología y daño, si las expresiones de sexualidad no responden a las pautas

⁵⁴ INJUV, 2005.

⁵⁵ CONEJERO. op.cit.,p.18

⁵⁶ CONEJERO. op.cit.,p. 20.

⁵⁷ CONEJERO Y ALMONTE. op. cit., p.202.

⁵⁸ COUSO. 2009. op.cit. 20. Citando a Herdt (1990) citado por Feierman.

⁵⁹ Ibid. p.21. Citando a Frayser (260)

de comportamiento definidos como esperados para cada etapa o se mantienen durante el periodo de latencia.⁶⁰

Couso, citando a Dimauro, sostiene que las afirmaciones categóricas sobre el carácter anormal, patológico y dañino de ciertos comportamientos sexuales, son representativas de orientaciones ideológicas o modelos culturales de sexualidad dominantes, más que de conocimientos científicos.⁶¹ La supuesta anormalidad de las conductas sexuales durante la latencia⁶² está vinculada a una concepción de “inocencia sexual de la infancia”, que condiciona las valoraciones, y que es calificada como una ideología.⁶³

Los catálogos de conductas inapropiadas que dañan el sano desarrollo del niño o del adolescente no se basan en ninguna evidencia empírica, sino que en “valores morales”⁶⁴. Por lo anterior, el conocimiento científico se ve en la necesidad de observar la sexualidad de los niños sin ningún estándar.⁶⁵

El respeto de la sexualidad, en cuanto a la no discriminación por orientación sexual y su expresión en comportamientos de esta índole, como una preocupación de la protección a la salud individual, se ha venido desarrollando paulatinamente, desde hace cerca de medio siglo. En el año 1973, la orientación homosexual fue retirada del catálogo de trastornos mentales publicado por la Asociación Americana de Psicología⁶⁶ (APA), que la clasificaba como un desorden mental. En el *Diccionario de Sociología* de Henry P. Fairchild, se encontraba la definición de homosexualidad como “la perversión del deseo sexual que hace a las personas del mismo sexo más atractivas que las del opuesto”.⁶⁷

El 16 de Mayo del año 1990, la Organización Mundial de la Salud (OMS) también

⁶⁰ Ibid. p.17

⁶¹ Ibid. Citando a Di Mauro (:443)

⁶² Periodo de latencia, que ha sido desvirtuado por recientes investigaciones

⁶³ Ibid.p.18. Citando a Herdt (:275)

⁶⁴ LEVINE , Judith. *No apto para menores. Los peligros de proteger a los niños y adultos contra el sexo* Océano, México, 2006 (*Harmful to Minors. The perils of Protecting children from sex.* University of Minessota Press, Minneapolis, 2002). pp.103,113.

⁶⁵ COUSO,J (2009). op.cit.p.18. citando a Di Mauro:444

⁶⁶ American Psychiatric Association. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*. 5th ed. Arlington: American Psychiatric Association; 2013.

⁶⁷ FAIRCHILD, H.P. *Diccionario de sociología*. Fondo de Cultura Económica.México 1944.p.144.

retiró a la homosexualidad de su clasificación internacional de enfermedades⁶⁸, reconociéndola como una sana forma de expresión sexual, y durante la primera década del siglo XXI, la APA, publicó una declaración oficial donde aseguraba que no existía validez científica acerca del efecto de las terapias correctivas de la homosexualidad⁶⁹ implementadas en distintos lugares,⁷⁰ entre ellos en Chile.

En la actualidad el desarrollo de la sexualidad se enmarca dentro del concepto de salud sexual, que es definida por la OMS como "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; la cual no es la ausencia de enfermedad, disfunción o incapacidad. Para que la salud sexual se logre y se mantenga, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y ejercidos a plenitud".⁷¹ Por su parte la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ha definido la salud sexual como "la experiencia del proceso permanente de consecución de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad".⁷²

Ambos organismos consideran que para que pueda lograrse y mantenerse la salud sexual, deben respetarse los derechos sexuales de todas las personas. En efecto, para lograrla, la OMS asegura que se requiere un "enfoque positivo y respetuoso de la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener relaciones sexuales placenteras y seguras, libres de coerción, discriminación y violencia."⁷³

A partir de la evolución adoptada por los organismos internacionales en el área de la salud, y de las asociaciones internacionales de profesionales de esta área, se reconocen como parte del desarrollo de la sexualidad humana, tanto la orientación sexual heterosexual, como la homosexual, masculina y femenina, y la bisexual. De esta manera,

⁶⁸ Organización Mundial de la Salud. CIE 10. Décima Revisión de la Clasificación Internacional de Las Enfermedades. Trastornos Mentales y del Comportamiento: Descripciones Clínicas y pautas para el Diagnóstico. Madrid: Meditor. 1992.

⁶⁹ APA.org, American Psychological Association [sede Web]. Washington DC: APA.org; 2007.<

<http://www.apa.org>.> acceso 14 de enero de 2019].

⁷⁰ TORALES J, CAMACHO C, VILLALBA J. Lo normal y lo patológico: sexualidad humana. En: Torales J, Camacho C, editores. Apuntes de Socioantropología. 1ª ed. Asunción: EFACIM; 2016. p. 198-228

⁷¹ Organización Mundial de la Salud.(OMS)< https://www.who.int/topics/sexual_health/es/ > [consultado:20 de Enero 2019]

⁷² OPS https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=3178:salud-del-adolescente-salud-sexual-y-reproductiva&Itemid=2414&lang=es

⁷³ Loc.cit.

surge la necesidad de abordar la homosexualidad bajo la idea de desarrollo de la identidad sexual y no como patología, desde una teoría en particular.⁷⁴ En el referido marco es posible abordar tanto la realización de una conducta homo-erótica, como la orientación homosexual, como parte del desarrollo de la sexualidad y de la consolidación de la identidad sexual, en niños y adolescentes.

La sexualidad, es entendida como un aspecto fundamental del individuo, presente a lo largo de toda su vida y que incluye el sexo, las identidades y los papeles de género, el erotismo, el placer, la intimidad, la reproducción y la orientación sexual. Se vive y expresa a través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones interpersonales.⁷⁵ Así entendida por la OMS, la sexualidad está influida por la interacción de diversos factores de orden biológicos, psicológicos, socioeconómicos, culturales, éticos, religiosos y espirituales.

1. 2. 2. El comportamiento homosexual entre niños y adolescentes y el daño

Couso sostiene que la sola normatividad o la sola normalidad estadística de un comportamiento sexual, no basta para su prohibición, es necesario que cause daño. La falta de parámetros de la normalidad obliga a poner atención en la normatividad, puesto es posible que lo normativo sea anormal y dañe. Couso, citando a Herdt, advierte que inferir directamente, a partir de su normatividad cultural, que un comportamiento infantil es inocuo, es insuficiente.⁷⁶

Se sostiene que luego de la investigación sobre las normatividades sobre la sexualidad infantil, se debe definir el comportamiento sexual que se considera abusivo, por expresar coacción o manipulación,⁷⁷ aunque se trate de expresiones normativas. Para ello se debe considerar las situaciones de violencia estructural, como el racismo, pobreza, la homofobia, la explotación sexual.

Para calificar un contexto sexual como coercitivo, se debe definir si la coerción se

⁷⁴ En el año 2005, la Organización Panamericana de la Salud, sugiere acompañar en el proceso de revelación y aceptación de la orientación sexual, adecuando cada caso al contexto individual; acordar con el adolescente de qué manera y en qué momento se informará a su familia y, si cree que la familia va a reaccionar de manera violenta, ofrecer mediación, brindar información sobre instituciones que puedan velar por sus derechos, "Ofrecer apoyo psicológico" y, ofrecer medidas de protección contra infecciones de transmisión sexual.

⁷⁵ OMS 2006. Ginebra. *Defining sexual health Report of a technical consultation on sexual health: 28-31 January 2002.*

⁷⁶ Couso, J (2009). op.cit. p. 21. Citando a Herdt (227)

⁷⁷ Ibid. citando a Mauro(444)

produjo mediante la fuerza o intimidación,⁷⁸ en que la voluntad del menor no ha intervenido, o bien bajo circunstancias de abuso en el caso de adolescentes, que el no existe un consentimiento genuino, aunque formalmente se exprese, sino que la voluntad ha sido objeto de manipulación, debido a vínculos de dependencia, económica, familiar, moral.⁷⁹

Couso sostiene que el daño o peligro de daño, debe ser la pauta para definir en el Derecho, qué normas culturales inspiradas en tabúes socialmente compartidos, deben ser prohibidas legalmente. Dentro de los principales tabúes de la sociedad occidental se encuentran los contactos sexuales incestuosos y las relaciones sexuales entre adultos e impúberes. En estos casos los tabúes se explican por situaciones de abuso, bajo la idea que un adulto utiliza al niño como objeto de satisfacción propia a través de una experiencia que para el niño trae confusión, vergüenza, estigmatización y dolor.⁸⁰

El Derecho se hace cargo del tabú, según señala Couso, a través de la definición de la “incapacidad para consentir” en la relación sexual, que en general ningún no se fija por debajo de los 12 años, pero que no da cuenta, sobre la aptitud dañina de la conducta. No se considera los deseos ni las preferencias de los niños. Esta definición es funcional a una protección indebida de la sexualidad, extendiendo los alcances del tabú a otras expresiones de sexualidad infantil, como a sus relaciones con otros niños, sin cuestionarse si hay daño o no.⁸¹

En esta parte de su exposición Couso cita lo que plantea Butler. En efecto, ella señala que existen formas de incesto que no necesariamente son traumáticas o que su carácter traumático se deriva más bien de la conciencia de vergüenza social que generan, y no de una situación de explotación traumática del amor y del deseo del niño.⁸² Esta otra dimensión del trauma, derivado únicamente de la vergüenza social, producto de la ininteligibilidad social y cultural de prácticas sexuales prohibidas por un cierto tabú, es la que tiene relevancia en las desviaciones, como la homosexualidad.⁸³

Según Butler la invalidación de todas las expresiones de sexualidad “desviadas”

⁷⁸ Ibid. Citando a Paul (334-335)

⁷⁹ Ibid.p.22

⁸⁰ op.cit. citando a Di Mauro:445

⁸¹ Ibid. p.24-25

⁸² BUTLER, J. *Deshacer el género*. traducción Patricia Soley- Beltrán. Paidós. Barcelona. 2006. 2 º Edición Chilena, Planeta, Santiago, Febrero 2019. p.223

⁸³ Ibid. pp. 224, 226-227

tienen su origen en el tabú del incesto, que cumple una función de instalación de la heterosexualidad exogámica como normal cultural. Se impone un desconocimiento de esas otras formas del amor, que también causa sufrimiento psíquico, cuyas consecuencias traumáticas derivan solo de la estigmatización por su carácter “desviado”.⁸⁴

Para Couso, debido a la ideología dominante de la “inocencia sexual” se prohíbe y penalizan comportamientos sexuales en que participan niños y adolescentes, sin consideraciones sobre su aptitud dañina. Sin embargo, en general las experiencias sexuales de adolescentes con adultos, incluso si son muy precoces, no tienen un efecto negativo directo en su desarrollo sexual y bienestar general futuro, sino que solo dependiendo de otros factores de los intervinientes.⁸⁵ No existe información sobre el posible impacto negativo de las relaciones homosexuales precoces entre adolescentes y adultos.⁸⁶

Respecto de posibles daños derivados de las relaciones homosexuales precoces entre adolescentes, los eventuales daños, solo se sujetan a las conductas de riesgo que se derivan de la infección del VIH. En Chile, de acuerdo a una encuesta del INJUV de 2007, de los adolescentes de 15-19 años que ya se habían iniciado sexualmente, solo el 54% uso condón en su primera relación sexual, y solo un 8,2 se había realizado el test del SIDA.⁸⁷

El hecho de que un comportamiento sexual esté asociado estadísticamente a ciertos daños o indirectamente pueda producirlos, todavía no es razón suficiente para prohibirlos. En cambio se puede generar daño a los niños y adolescentes, la protección injustificada de ellos contra el sexo.

Couso cita el estudio realizado por Judith LeVine denominado “No apto para menores. Los peligros de proteger a los niños y adultos contra el sexo”,⁸⁸ en el que se sostiene que es posible dañar a los niños a través de la prohibición injustificada del sexo, inspirada por el pánico moral y la ansiedad de los adultos ante la posibilidad de que los

⁸⁴ Ibid.p.228

⁸⁵ COUSO,J.(2009). Citando a LAUMANN. (293, 322-323)

⁸⁶ Ibid. p.30. citando a Hines / Finkeltor:310

⁸⁷ Flacso-Chile, citando datos de la V encuesta Nacional de Juventud, 2007, del Instituto Nacional de la Juventud.

⁸⁸ Couso, 2009. p.30

niños sean víctimas de abuso o de conductas sexuales agresivas, cuyo riesgo se encontraría prácticamente en cualquier expresión de interés sexual, incluso entre niños de la misma edad, lo puede conllevar a serios riesgos para su desarrollo, aprendizaje y maduración sexual.⁸⁹

Levite, plantea que las normas legales y sociales generan estigmatización y criminalización en lo menores que se salen de la norma o de las expectativas de sus padres; impide enseñarle a hablar abiertamente y con confianza de sus deseos y verdaderos temores; les sociabiliza en una visión negativa sobre el sexo, que no valora el placer ni gratificación sexual; introduce la sospecha en las relaciones familiares, obstruyendo el natural y necesario contacto físico que los niños necesitan como expresión del afecto de sus padres, entre otros peligros.⁹⁰

En consecuencia, puede afirmarse que no existe evidencia empírica que demuestre que el comportamiento homosexual entre menores de edad, les pueda causar peligro de daño o daño directamente, por su sola realización. Que el carácter de conducta desviada deriva de una valoración cultural que va incluso más allá del alcance del tabú, y que por ende su criminalización genera daño a través del estigma social y el castigo penal.

1.3. Sociología de la infancia: cultura infanto-adolescente y daño

El paternalismo jurídico, para Couso, coloca en calidad de incapaz a los menores de edad, para consentir en relaciones sexuales, sin que puedan poder expresar sus deseos de satisfacción sexual, en circunstancia que no existe daño ni peligro de daño directo como consecuencia del comportamiento prohibido que lo justifique⁹¹. No tiene sentido definir una edad de consentimiento sexual, si no puede sostenerse que la actividad sexual es dañina o peligrosa.

Lo que se cuestiona es la afirmación valórico cultural que de que “el sexo es dañino para los niños”, pues ellos son “naturalmente inocentes en materia sexual”. Para Couso, esta ideología se ha sostenido, porque en la propia cultura local, a pesar de saberse que no está claro, qué el sexo dañe a los niños, se autoriza reglamentar la sexualidad infantil

⁸⁹ LEVINE , Judith. *No apto para menores. Los peligros de proteger a los niños y adultos contra el sexo* Oceano, México, 2006 (*Harmful to Minors. The perils of Proctecting children from sex.* University of Minessota Press, Minneapolis, 2002).

⁹⁰ COUSOU, J. (2009). op.cit.p.31

⁹¹ Ibid.p.38

de acuerdo a los valores de los adultos. Esto permite que ciertas prácticas sexuales, que no sean en abstracto dañinas, pueden llegar a serlo, si son asumidas como un tabú, a consecuencia del estigma por infringir la norma cultural.⁹²

Para Couso, gran parte de los prejuicios que se atribuyen a la sexualidad infantil se da en contextos en que el comportamiento es construido socialmente, como un episodio dañino y vergonzante. □ Para él, si se acepta el reconocimiento de ciertos “valores primarios”, fisiológicos o psicológicos, que permitan enjuiciar ciertas conductas, y además el hecho que los niños expresan una necesidad primaria de contacto físico, sensualidad, autoexploración y autosatisfacción, entonces el límite normativo al pluralismo cultural, se debe expresar en el deber de reconocer a los niños autonomía para dar alguna satisfacción a esa necesidad, y que impida que se transforme en tabú cualquier expresión de sexualidad.⁹³

La sociología de la Infancia, dice Couso, plantea que “las culturas de pares” otorgan un sentido de transformación creativa a la relación entre la cultura adulta, que construye la sexualidad como tabú y culturas infantiles y adolescentes, que realizan construcciones culturales distintas.⁹⁴ La transformación cultural de nuevas prácticas sexuales entre los niños y adolescentes, expresa colectivamente un ejercicio de autonomía y contribuye a la transformación del mapa cultural de la sexualidad hacia “un modelo no reproductivo, y no patriarcal”, centrado en el deseo y la realización personal.

De esta manera, conforme este planteamiento, la propia construcción cultural de los grupos de pares que se expresan sexualmente de formas innovadoras, podría aportar criterios para definir cuáles son las expresiones de autonomía sexual, consideradas como satisfactorias, y cuáles son, en cambio, las experiencias sexuales de abusos, que se realizan por situaciones de extrema necesidad o coerción, que se viven de forma vergonzosa y que estigmatizan.⁹⁵

1.4.- La identidad sexual como constructo socio-cultural.

Existen algunas teorías sobre la sexualidad, dentro de las cuales se destaca la *Teoría Queer*, que sostiene que la mayor parte de la explicación sociológica mantiene

⁹² Ibid.p.38

⁹³ Ibid.p.39

⁹⁴ Ibid.pp.39-40

⁹⁵ Ibid.p.40

una inclinación hacia la heterosexualidad y que se debe prestar más atención a los puntos de vista que no son heterosexuales.⁹⁶ Para esta teoría, tanto el género como el sexo son construcciones sociales y en consecuencia, la orientación sexual lo es también.

Foucault, sostiene que el poder se ejerce a través de la producción de discursos que se formulan como verdades irrefutables, los llamados discursos verdaderos, los que se legitiman en virtud del poder y con ello reproducirse. Las relaciones de género son ámbitos de poder, no sólo los aspectos simbólicos, sino los análisis hechos como estratégicos, como tácticas⁹⁷. El poder, para este autor, opera a través del derecho e instituciones, discursos y prácticas sociales, que ponen en marcha las relaciones de dominación. A nivel simbólico se construyen representaciones, instaladas como verdades, ya que según Foucault cada sociedad tiene su régimen de verdad, su política general de la verdad, los discursos que reconoce y impone en marcha como verdaderos⁹⁸.

El género, es un constructo sociocultural del sexo, de carácter relacional, que puede cambiar a través del tiempo, cada cultura construye el arquetipo ideal de varón y mujer, asignando roles de género, según dicha representación. Estas construcciones generan normas, así como prácticas de exclusión, segregación y patologización. Desde varios siglos, se ha castigado, patologizado y negado a la homosexualidad masculina. Sólo en las últimas décadas se han fortalecido y avanzado los movimientos reivindicatorios de las minorías sexuales en su lucha contra la discriminación.

La idea sostenida por Witting⁹⁹, en cuanto a qué no hay ningún sexo, sino que solo hay un sexo que es oprimido y otro que oprime, traduce muy bien el trasfondo político de la reivindicación de la comunidad homosexual, y no solo la del feminismo. Es la opresión lo que crea al sexo, y no al revés. Para ella, el predominio del pensamiento heterosexual evidencia la seria dificultad de concebir una cultura en que la heterosexualidad no determine las vinculaciones humanas. Lo anterior la lleva a sostener el rechazo a la obligación del coito heterosexual y a las instituciones que esta obligación ha generado como necesarias para construir una sociedad.

La ambigüedad sexual ha formado siempre parte de la realidad, lo que plantea

⁹⁶ MACIONIS, J. J., PLUMIER, K. *Sociología*. Pearson Prentice Hall. Madrid. 2010.p.331.

⁹⁷FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*. Ediciones de la piqueta, Madrid, España.1992.p.189.

⁹⁸ Ibid.p.198.

⁹⁹ WITTING, Monique. *El pensamiento heterosexual*. Traducción Javier Sáez y Paco Vidiarte. Madrid, Editorial Egales.2006. p.22.

problemas no es su existencia, sino su visibilidad social.¹⁰⁰ El desafío para sociología moderna se vincula al descubrimiento de las nuevas manifestaciones que se produzcan en la redefinición de la homosexualidad como un constructo cultural.

¹⁰⁰ JULIANO, D. *El cuerpo fluido. Una visión desde la Antropología*. 2010.p.155

2. APORTES DEL DERECHO PENAL MODERNO AL DERECHO PENAL MORALIZANTE EN MATERIA DE DELITOS SEXUALES.

2.1 El derecho penal moralizante.

La represión de un determinado comportamiento sexual, mediante el derecho penal, es una forma de control social, de carácter jurídico y formalizado¹⁰¹. La represión penal, implica una forma organizada en que la sociedad reacciona frente a conductas y a personas que define como desviadas o indeseables.¹⁰² Tanto la definición de conducta desviada, como la forma de reacción respecto de ella y su prevención, han variado desde el punto de vista histórico, conforme a las etapas de evolución que ha ido experimentado el Estado.¹⁰³

La represión mediante el control del derecho, la religión y la moral¹⁰⁴ ha sido particularmente estrecha en determinados contextos históricos. El castigo del comportamiento sexual de los menores de edad, hecha bajo criterios moralizantes, tiene su origen en la política criminal de los delitos sexuales, del medioevo europeo, profundamente influenciada por el Derecho canónico.¹⁰⁵

2.1.1 El Modelo de la Teología Moral Escolástica.

La influencia de la teología moral escolástica, sobre la base de los postulados de San Agustín de Hipona, es fundamental en la configuración de la represión al comportamiento sexual y en particular del delito de sodomía, desarrollado por el derecho medieval. El modelo de la teología moral escolástica, en materia de delitos sexuales, aparece reflejado con claridad en el Derecho vigente en España durante la Baja Edad Media y el periodo del Estado absolutista en Europa.¹⁰⁶

En este contexto, todo el poder y el control se encontraba radicado en el Rey. El fundamento de legitimación se encontraba en la teoría del origen divino.¹⁰⁷La definición

¹⁰¹ MIR Puig, Santiago. *Derecho Penal: parte general*.4ª edición. Barcelona, PPU, 1996.p.5

¹⁰² BUSTOS Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal: Parte General*.4ª edición. Barcelona, PPU, 1994.p.7

¹⁰³ Ibid. p.8

¹⁰⁴ BRUNDAGE, J. A. *La ley, el sexo y la sociedad cristiana de la época medieval*. 2ª ed. Traducción Mónica Utrilla de Neira. México, Fondo de la Cultura Económica.2000.p. 21.

¹⁰⁵ op. cit. p.1

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley No 19.617 de 1999*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000. p.30.

¹⁰⁷ BUSTOS. op. cit. p. 9.

de las conductas prohibidas se encontraba ligado a concepciones religiosas o morales, constituyéndose en delito, por ejemplo, la herejía, castigada con pena de muerte.¹⁰⁸

El uso del término sodomía, proviene de Sodoma, que es el nombre de ciudad de Pentápolis, que según la biblia, fue destruida como castigo de Dios por las prácticas libertinas y homosexuales de sus habitantes.¹⁰⁹ Desde su origen, este término se utilizó para referirse a las relaciones sexuales entre varones.¹¹⁰

En el Derecho romano, las relaciones homosexuales tenían las mismas limitaciones que las heterosexuales, sólo que respecto a los varones homosexuales adultos, se sancionaba a quienes tenían el rol pasivo en la conducta sexual, siendo accedidos por la vía anal, considerándose este comportamiento una traición al orden social.¹¹¹ El Digesto, las Institutas y las Novelas castigan la sodomía con severas sanciones. En la Novela 141, de 15 de marzo del año 549, se usa por primera vez el término “sodomía” para referirse a las relaciones homosexuales.¹¹²

La represión del comportamiento homosexual masculino constituye una de las áreas del derecho penal más influenciada por la regulación canónica. Es así como en el siglo VII, durante el Concilio de Toledo XVI, con el surgimiento de la Constitución de Egica contra los sodomitas, la homosexualidad se sometió a duras sanciones, equiparándola con la herejía.¹¹³

Para el Derecho penal medieval europeo el objeto de protección en los delitos sexuales es el “orden natural”, es decir, solo es legítima la conducta sexual consistente en el coito heterosexual vaginal dirigido a la procreación, realizado por un hombre y una mujer, unidos por el vínculo jurídico indisoluble del matrimonio. Por lo anterior todo placer sexual inmoral, contra la forma y fines definidos para la actividad sexual, atenta contra el orden natural y por tanto debe ser penalizado. La represión al comportamiento sexual,

¹⁰⁸ MUÑOZ Conde, Francisco y GARCÍA Arán, Mercedes. *Derecho Penal: parte general. 5ª edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002. p.46*

¹⁰⁹ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, ROL N° 1683–2010). *Estudios Públicos* (124):114-137. 2011. p.118.

¹¹⁰ ARANCIBIA, A. *La figura delictiva del artículo 365 del Código Penal*. En: Seminario de Derecho Penal y medicina legal N° 6. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile. 1996.p.15. □

¹¹¹ BRUNDAGE. op. cit., p. 59.

¹¹² ARANCIBIA, op. cit., p. 22

¹¹³ *Ibid.* p.23

se fundamenta en dos premisas sostenidas por Santo Tomás de Aquino: el anti-sensualismo, que promueve la represión del comportamiento sexual, como placer; y el naturalismo, que legitima la conducta sexual, mientras esté orientada a la reproducción.¹¹⁴

De acuerdo a estos postulados, existe una diferencia esencial entre el cuerpo y el alma, ya que solo el alma conlleva virtudes. El cuerpo depende de sus instintos¹¹⁵. La conducta sexual es pecaminosa, ya que es la consumación de los instintos a los que está sometido el cuerpo. Se rechaza el placer sexual, y se propicia la abstinencia sexual, con el fin de alcanzar la virtud, transformándose la castidad en el ideal.¹¹⁶

De aquí entonces, surgen los delitos de carne. La lujuria es un pecado de tacto, de búsqueda de placer sexual y que por ende exige la realización de una acción sexual en el cuerpo de otro. Las conductas sexuales desviadas, como la sodomía, sin idoneidad para la procreación y animadas solo por el placer sexual, debían ser castigadas severamente, ya que no contaban con ninguna cualidad redentora.¹¹⁷ La influencia de las fuentes canónicas en el Derecho Común, durante el desarrollo del Derecho medieval tuvo su manifestación en la sanción de la sodomía como crimen *contra natura*.

En esta clase de delitos se incluían diversas clases de conductas¹¹⁸ y entre ellas, las acciones distintas del coito heterosexual, contrarias al orden natural, donde se ubicaba la sodomía. Este delito fue descrito en términos amplios, incluyendo la masturbación, sexo con cadáveres, el bestialismo y la homosexualidad.¹¹⁹ Posteriormente, la interpretación se hizo más restrictiva, incluyendo solo al concubito entre varones. Las legislaciones posteriores, entre ellas la española, la entendió como el ayuntamiento carnal entre hombres.¹²⁰

En la legislación española, el Fuero Juzgo, castigaba la sodomía con castración y

¹¹⁴ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. *Revista de Derecho* (Valdivia), Chile. v. VIII, suplemento especial agosto de 1997. p.75.

¹¹⁵ LUHMANN, N. *El amor como pasión*. Barcelona, Ediciones Península. 2008 p. 92.

¹¹⁶ AQUINO, T. d. *La suma teológica*. 2° ed. Madrid, Biblioteca de autores cristianos. Cuestión 153. *El vicio de la lujuria*. Artículo 2. 1998. p. 465.

¹¹⁷ BRUNDAGE, op. cit., p.120

¹¹⁸ La realización del coito heterosexual vaginal, pero fuera del matrimonio, como los delitos de adulterio, raptó, violación, estupro, prostitución y simple fornicación

¹¹⁹ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. 1997.op.cit.,p.76

¹²⁰ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. *El Derecho Penal sexual moderno: ¿Afirma seriamente lo que dice?*. Derecho y sexualidades. Librería ediciones. 2009. p.7

reclusión o prisión perpetuas, esta pena se aplicaba incluso al individuo que había sido forzado a soportar el comercio sexual desviado, y sólo podía eximirse de la sanción denunciando al otro. Posteriormente, el Fuero Real endureció la pena¹²¹ alcanzando ésta a ambos autores¹²². En las Partidas también se castigó la sodomía, en la 7ª Partida.¹²³ En la Nueva Recopilación se sancionó aun más severamente¹²⁴ se aplicó la Inquisición para perseguir a los homosexuales, y se establecieron medidas para rebajar el estándar probatorio a fin de facilitar la persecución de la sodomía, incluidas en la Novísima Recopilación.¹²⁵

El modelo de política criminal sexual medieval, solo autoriza el comportamiento sexual limitado al coito vaginal heterosexual dentro del matrimonio y para la reproducción, no solo como una exigencia de orden moral, sino que también del derecho. De esta forma entonces, la sodomía como crimen *contra natura* se instala, por el reforzamiento de las normas morales mediante la coacción del poder estatal.

La sodomía al ser concebida como un delito de lujuria, requiere su realización en el cuerpo de otro y es por ende, un delito de “propia mano”, en que ambos partícipes son responsables del quebrantamiento de la norma de comportamiento. La coacción es secundaria, ya que el concepto de víctima, es adscriptivo, sólo puede significar no culpable y es víctima entonces quien puede ser liberado del reproche de lujuria.¹²⁶

2.2. El modelo de la Ilustración.

La crisis del Estado absoluto, en el siglo XVIII en Europa, conlleva a la construcción de las bases del Estado moderno, mediante el surgimiento del Estado Liberal, que se configura sobre los principios de un Estado Democrático y de Derecho, a partir de la revolución francesa bajo el ideario de la ilustración. La legitimación del Estado moderno, se sustenta en la doctrina del “contrato social”, de Rousseau, según el cual, el poder del Estado no emana de Dios, sino de un pacto entre los ciudadanos, quienes acuerdan

¹²¹ En la Ley IV, Título IX, Ley II, prescribió: “*home* que codicia a otro por pecar con él *contra natura* debe sufrir castración pública y al tercer día ser colgado por las piernas hasta que muera. Además el delincuente no debe ser sacado del patíbulo hasta que muera.

¹²² ARANCIBIA. op. cit., p. 24

¹²³ HUERTA, E. El Derecho Penal Indiano y su jurisprudencia chilena: delitos sexuales. Tesis de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1962. p. 34.

¹²⁴ ARANCIBIA, op.cit.,p. 25

¹²⁵ Ibid.p.26

¹²⁶ Loc.cit

limitar sus derechos y libertad, aceptando un poder superior coactivo, en la medida en que este les sea útil para proteger la paz en la convivencia social.¹²⁷

Con el surgimiento del Estado liberal, como Estado democrático y Derecho, se da lugar también al desarrollo del Derecho Penal moderno, con un cambio o giro, en el concepto material del delito. De aquí, surge el principio de nocividad social, difundido en el siglo XVIII, en Europa,¹²⁸ y conforme el cual, para castigar como delito un hecho, no basta con que constituya una simple inmoralidad, sino que es necesaria una afectación a la paz social, en términos de daño o lesión.

Este principio de lesividad o nocividad social, afecta al Derecho penal sexual, ya que muchas conductas sexuales, como la homosexualidad o el adulterio, se podrán considerar como inmorales, pero no como dañinas para derechos de terceros, por lo que debían ser excluidas del Derecho penal¹²⁹. A partir de los ideales de la Ilustración, la política criminal medieval es reestructurada y el delito sexual se define como “delito de abuso”, consistente en la trasgresión de un derecho protegido por la ley penal.

Se concibe el atentado sexual como un “delito de víctima”, bajo el concepto prescriptivo de víctima¹³⁰. La víctima es el sujeto titular del derecho correlativo al deber que infringe el autor del delito, por ello, se relaciona a una norma de comportamiento que otro infringe. Sólo se puede castigar como delito aquella conducta que lesione algún tipo de derecho subjetivo.

El concepto de nocividad social, fue considerado muy abstracto y sujeto a cambios históricos, por la influencias de carácter sociocultural que intervienen en las transformaciones sociales y que condicionan el concepto material del delito. Por lo que se planteó como presupuesto de punibilidad o de legitimación del Estado moderno, que el Derecho Penal solo puede proteger bienes jurídicos.

En los inicios del Siglo XIX, se publica el tratado de derecho positivo de Feuerbach y posteriormente el traspaso de esa teoría al Derecho penal alemán, con lo cual se produce un cambio en el concepto material del delito, cuyos postulados sirvieron de modelo de la Ilustración para estructurar los delitos sexuales. Según estos principios, se

¹²⁷ MUÑOZ Conde, Francisco. GARCÍA, Arán, Mercedes. op.cit., p.46

¹²⁸ por filósofos como Beccaria, Hommel y Lardizabal.

¹²⁹ MUÑOZ Conde, Francisco. GARCÍA, Arán, Mercedes. loc.cit.

¹³⁰ BASCUÑÁN (2009), op. cit., p. 215.

considera como primer derecho privado originario de los individuos, el derecho al libre uso del cuerpo, y se otorga a este, tres contenidos específicos: dentro de los cuales se encuentra el derecho a la libertad corporal y física, para fines propios ¹³¹. De esta manera, los delitos de violación, estupro y rapto, son considerados como lesivos al derecho a la libre disposición del propio cuerpo.¹³²

Sin embargo, posteriormente cuando este autor aplica este esquema de reconstrucción sistemática al derecho penal alemán, sostuvo que las leyes romano-alemanas, reconocen tres formas de lesión del derecho a la libre disposición del cuerpo. La lesión mediante ocupación del cuerpo para fines indeterminados, en los delitos de plagio; la lesión mediante ocupación unida a la sustracción con fines de la satisfacción del impulso sexual, del delito de rapto; y la lesión mediante el uso no autorizado, forzado con violencia, de las partes sexuales de una persona, en el delito de violación.¹³³

Para Bascuñán, entre el concepto del primer esquema y el segundo, se genera un cambio conceptual entre la definición de los delitos contra la libertad corporal, como “delito de lesión”, esto es, como perturbación por otro del uso del propio cuerpo y su aplicación, porque se transforma en un “delito de desplazamiento”, de aprovechamiento del cuerpo de otro.¹³⁴ Para este planteamiento, el merecimiento y la necesidad de la pena se afirma con total prescindencia de su consideración como infracción a una norma de moral sexual.

2.3. La codificación

El Derecho penal moderno comienza a sentar sus bases, desde fines del Siglo XVIII y a comienzos del siglo XIX, en varios países de Europa, con el proceso de codificación, que sustituye el Derecho penal del antiguo sistema. Este movimiento surge de los idearios de la Ilustración, y plantea la codificación de leyes, para derogar las antiguas y reemplazarlas por un sistema unificado.¹³⁵ Sin embargo, durante este proceso, se produjo un retroceso en la finalidad de modificar el sistema jurídico, puesto que se desarrolló durante la restauración del orden social, que había sido amenazado con la

¹³¹ BASCUÑÁN (1997). op. cit., p. 7.

¹³² BASCUÑÁN (2009). op. cit., p. 213.

¹³³ Loc. cit

¹³⁴ Loc. cit.

¹³⁵ LUZON Peña, Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte general. I*. Editorial Universitas S.A. Madrid, 1996. p.117.

revolución.¹³⁶

Aunque se intenta incorporar los idearios de la ilustración, mediante la protección de la libertad individual en los delitos sexuales, al mismo tiempo existe una tendencia a la protección de valores sociales de carácter moralizante.¹³⁷ El concepto material de delito, debía consistir en la lesión de un derecho subjetivo, quedando las simples infracciones a reglas sociales, entregadas al ámbito de la infracción de policía. Con ello se mantiene el castigo de la sodomía y de la pornografía y prostitución, apareciendo como delitos contra “*las buenas costumbres*”.

En Francia se aprobaron los Códigos Penales de 1791 y el Código de Napoleón de 1810, que incluyó a los delitos sexuales dentro del libro III, que trata de “*Los delitos contra las personas*”, dentro de su sección IV, bajo el epígrafe de “*Atentados contra las buenas costumbres*”. El Código Penal belga de 1867, a su vez, ubica los delitos sexuales dentro del Título VII del Libro II, bajo el epígrafe de “*Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*”,¹³⁸ criterio de sistematización, que siguió el Código Penal chileno de 1875.

En España, en el Código Penal de 1848, se incluye a los delitos de significación sexual, bajo el epígrafe de “*delitos contra la honestidad*”. Por su parte en Alemania, el proceso de codificación, fue influenciado por el StGB Bávaro de Feuerbach de 1813, en el que se basó posteriormente el StGB prusiano de 1851, y éste a su vez sirvió de referente al StGB de 1871.¹³⁹ El Código Penal alemán de 1871 ubicó a los delitos sexuales dentro del epígrafe de “*Crímenes y simples delitos contra la moralidad*.” Por su parte, el Código Penal italiano de 1930, los ubica a este grupo de delitos dentro de los “*Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres*”.¹⁴⁰

Lo anterior explica la contradicción de idearios que se desarrollan durante el movimiento de codificación en Europa, y que se expresan en el modelo de política criminal para los delitos sexuales. Si bien, se mantuvieron los delitos sexuales como delitos de abuso, entendidos como atentados “contra la libertad sexual”, incorporándose

¹³⁶ BASCUÑÁN (1997). op. cit., p.78

¹³⁷ RODRIGUEZ. op. cit., pp. 34-35

¹³⁸ *ibid.* p.37

¹³⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del Delito*. 2ª edición. 1997. Traducción Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1997. Madrid. Civitas. p.113

¹⁴⁰ RODRIGUEZ. op. cit., p.38

el delito de abuso sexual al Código Penal, como una figura residual de la violación y el estupro,¹⁴¹ por otro lado, todos los delitos de significación sexual se agruparon en torno a una clase de delitos denominado “contra las buenas costumbres”.¹⁴² Este tipo de delitos, tenía un doble objeto de protección: por una parte, la libertad sexual, como derecho individual; y por la otra, la moralidad pública, como un derecho colectivo.¹⁴³

En el modelo de la codificación coexiste una dualidad, por una parte, los delitos de abuso son considerados como infracciones morales y el núcleo del delito, sigue siendo la infracción de un deber correlativo al derecho del cual es titular la víctima del delito; y por la otra, el sistema que sanciona como delito, sólo aquellas conductas que fueran consistente con la protección de la moral social sexual.¹⁴⁴

La idea de sistematización de los delitos sexuales planteada por la codificación tiene serios problemas, ya que no existe un criterio común entre los atentados a la libertad y los atentados a la moralidad pública sexual, conforme la propuesta formulada por la ilustración.¹⁴⁵ Por otro lado, no existe un bien jurídico que permita agrupar todas las hipótesis de delitos sexuales, lo cual implica una contradicción entre el principio de sistematización ilustrada y la orientación moralizante del modelo medieval.

2.2. El desarrollo del derecho penal sexual moderno.

En un sentido moderno, el Derecho penal, corresponde a una rama del ordenamiento jurídico integrado por un conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, su finalidad es de carácter tutelar, ya que tiene por objeto la protección de bienes jurídicos fundamentales para la sociedad de manera de garantizar a sus integrantes una convivencia pacífica¹⁴⁶. El Derecho penal así descrito, en su aspecto subjetivo o *ius puniendi*, es entendido como la facultad privativa del Estado de crear y aplicar el derecho penal objetivo¹⁴⁷ encuentra limitaciones.

Los criterios de legitimación para castigar los delitos sexuales, como hemos visto,

¹⁴¹ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. 2001. Delitos contra autodeterminación sexual: [Material de estudio curso de Derecho Penal, parte especial]. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p.

¹⁴² BASCUÑÁN (2009). op. cit., p. 217

¹⁴³ NOVOA, E. El concepto de abusos deshonestos. Revista de Ciencias Penales. 8 (1): 292.1946.

¹⁴⁴ BASCUÑÁN (2009), op. cit., p. 217.

¹⁴⁵ Loc. cit

¹⁴⁶ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I.* 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2005. p.13.

¹⁴⁷ MIR. op. cit., p.p.7-8

han variado, desde la concepción del Estado Absoluto hasta la evolución del Estado Moderno, que se viene desarrollando desde fines del siglo XVIII, con el Estado Liberal, como Estado democrático y de Derecho. Posteriormente con el desarrollo progresivo del Estado social en Europa, como Estado intervencionista, el Derecho Penal, tiende a garantizar intereses colectivos y estatales, con una intervención activa del Estado¹⁴⁸, lo que condujo a sistemas políticos totalitarios, que culminaron con el termino de la segunda guerra mundial. A partir de esta experiencia se impone la necesidad de mantener la idea de un Estado social, pero reforzando sus límites jurídicos, como Estado democrático. De aquí surge entonces el postulado del Estado moderno, como un Estado social, democrático y de Derecho.¹⁴⁹

Por lo anterior, se plantearán los aportes del Derecho penal sexual, a partir del surgimiento y evolución del Estado moderno, ampliamente aceptados en los sistemas europeos que influyen nuestro ordenamiento jurídico penal, y que se configuran bajo los principios de legitimación, de un Estado social, democrático y de Derecho, que limitan el ejercicio del poder punitivo estatal.

En la construcción del concepto material de delito se imponen límites al poder estatal, que surgen desde el carácter de Estado democrático, que implican la obligación de poner al Derecho penal al servicio del individuo, mediante el respeto a la dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.

El carácter de Estado social, obliga al poder punitivo a castigar conductas, solo en la medida que sea estrictamente necesario para proteger a la sociedad, de la puesta en riesgo o lesión de bienes jurídicos fundamentales, de naturaleza individual o colectiva, por lo que el Derecho penal, no puede ocuparse de tutelar valores puramente morales, que no comprometan el funcionamiento pacífico de la sociedad.¹⁵⁰

Roxin, definió el bien jurídico protegido, como “aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco del sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el

¹⁴⁸ LUZON.op.cit., p.80

¹⁴⁹ MIR. op. cit., p.74.

¹⁵⁰ Ibid. p. 74

funcionamiento del propio sistema". Sostiene además que las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos, por lo que deben quedar impunes.¹⁵¹

Las normas penales que no protegen bienes jurídicos, son nulas, por arbitrarias o por infringir el principio de intervención mínima del derecho penal¹⁵². El castigo de las relaciones homosexuales consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, restringen la libertad individual y es nociva para el funcionamiento del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas.

La principal discusión que se produjo respecto a la configuración de un derecho penal sexual moderno, se centró fundamentalmente en la ilegitimidad de la protección penal de la "moral social sexual", en relación a la prohibición penal de la obscenidad, la homosexualidad consentida, el contacto sexual con jóvenes y la prostitución, ya que ninguna de ellas era considerada como un delito de abuso. En el contexto de esta discusión aparece el movimiento reformista.

2.2.1. El modelo del reformismo en Europa

El Derecho penal sexual presentó una evolución progresiva de los postulados del llamado reformismo, desde fines de la década de los años setenta, del siglo XX, en Europa continental. Este movimiento representa una profundización del modelo ilustrado, y su política criminal postula que todo delito que refuerce una prohibición moral del ejercicio de la sexualidad o se lo reformula como delito de abuso, como atentado contra la libertad sexual de otro, o debe ser derogado.¹⁵³ Lo anterior se tradujo en erradicar elementos del tipo penal que constituyeran remisiones genéricas sobre lo que se considera o no sexualmente correcto¹⁵⁴. Esta evolución implicó también el reconocimiento de la autonomía personal como objeto de protección y la igualdad de trato, en relación con la prohibición de los comportamientos homosexuales.

Se pone énfasis en la autodeterminación sexual como objeto de protección, dando prioridad sistemática a los medios comisivos, sobre el objeto de la acción, por lo que todos los comportamientos que no constituyan un abuso sexual de una persona a otra, deben ser despenalizados. De manera tal, que la infracción a una regla moral, se

¹⁵¹ ROXIN. op. cit., p. 56

¹⁵² MUÑOZ. op.cit.,46

¹⁵³ Loc. Cit.

¹⁵⁴ DIEZ Ripollés, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal*.(1999-2000): 51-81,2000. p.56.

transforma en un caso de involucramiento no consentido, en un contexto de significación sexual.

La principal crítica del reformismo al modelo medieval es el reforzamiento de las normas morales por la coacción estatal. El derecho penal moderno surge a partir de los idearios de la Ilustración, liberales y democráticos, que limitan el poder punitivo y el merecimiento de un castigo, a la necesidad de protección de determinados bienes o intereses vitales, de carácter individual o colectivos, imprescindibles al común de las personas, frente a ataques de conductas humanas que puedan lesionar o poner gravemente en peligro esos bienes.

El delito sexual se estructura como un delito de desplazamiento, esto es, solo aquellas conductas que conlleven la lesión de un derecho individual o de un interés colectivo, pueden ser delito. Se trata de un delito de víctima, de carácter prescriptivo, la víctima es el titular del derecho correlativo al deber que infringe el autor del delito.

El derecho penal sexual moderno y su tendencia al reformismo, experimentada desde hace ya casi medio siglo en Europa, intenta marcar la diferencia de los patrones de comportamiento sexual existentes en la sociedad moderna, desde una posición progresista, liberal e igualitaria, frente a la posición conservadora, moralizante y paternalista de los patrones de comportamiento sexual medievales.¹⁵⁵

Cuando se utiliza el término “moralismo o moralizante” referido al derecho penal se entiende, sostiene Seher,¹⁵⁶ como la protección penal de representaciones morales. Las normas moralistas no establecen a una relación autor-víctima, sino que el castigo se impone para proteger valores en sí mismos, y no como consecuencia de un daño o lesión. Para Seher, desde una visión estricta del moralismo, este tiende a la protección de un orden moral, de carácter ético o religioso, asumido como objetivamente correcto, cuya afectación se considera un mal en sí mismo. Un moralismo así entendido es el que existe en la prohibición penal contra determinadas prácticas sexuales desviadas y que en la actualidad se encuentran prácticamente desaparecidas en las legislaciones penales europeas.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Ibid.p.74. □

¹⁵⁶ SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, en: Hefendehl, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*, Madrid. Marcial Pons, 2007, p. 87.

¹⁵⁷ Ibid.p.88

En Europa, en general, las legislaciones en que la homosexualidad masculina se encontraba penalizada, fue reemplazada por otra prohibición, referida a conductas sexuales con menores de edad. Con posterioridad, dicha prohibición también fue derogada, y sustituida por una prohibición de abuso de menores, que no discrimina entre la homosexualidad y la heterosexualidad.¹⁵⁸

En España, después de la muerte de Franco y durante la transición democrática, comienzan una serie de transformaciones normativas, siendo la más importante la nueva Constitución española de 1978, con la instauración de un régimen democrático en forma de Monarquía parlamentaria y de Estado social y democrático de Derecho.

La evolución reformista de derecho penal moralizante en España, comienza en 1978, con la modificación al delito de estupro, que pasa de ser un delito de seducción, a uno de abuso; y el delito de rapto que de un atentado de ultraje a la buena fama de la mujer, a un atentado contra la libertad. Por su parte, en 1988 y 1989, respectivamente, se reformulan las ofensas al pudor y la pornografía; y los delitos de violación y abuso sexual. Posteriormente, en el Código Penal de 1995, se introduce la distinción entre agresiones coercitivas y abusos no coercitivos, limitando la regulación de la prostitución.¹⁵⁹

En Alemania, por su parte, el proceso reformador del Derecho Penal, duró cerca de un siglo, las transformaciones que se imponían al Código Penal de 1871, requerían de un acuerdo entre las escuelas clásica y la moderna.¹⁶⁰ En 1922, Radbruch, discípulo de Liszt, presenta su propio proyecto de Código Penal al gobierno del Reich, en el que suprimía por primera vez el castigo de las conductas homosexuales entre adultos. Sin embargo, estas reformas, no se llevaron a efecto, sino hasta después de la 2ª Guerra mundial¹⁶¹, cuando se pudo instalar la reforma del Derecho Penal adaptado al Estado social y de Derecho.¹⁶² La reforma al derecho penal partió con el proyecto de 1962.

En 1957, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, había sostenido la constitucionalidad de la prohibición penal de la homosexualidad masculina entre adultos,

¹⁵⁸ BASCUÑÁN A, COUSO J, COX J, DE LA FUENTE F, FERNANDEZ, F, GUZMAN, J, HERNÁNDEZ H, HORWITZ M, MAÑALICH, J, MEDINA G, OLIVER G, RODRIGUEZ L, ROJAS L, SOTO M. Informe en derecho. La inconstitucionalidad del art.365 del Código Penal. Defensoría Penal Pública. 12 de Octubre de 2010. p.87.

¹⁵⁹ BASCUÑÁN (1997).op.cit., 82. □

¹⁶⁰ ROXIN. op. cit.,p.114

¹⁶¹ Ibid.p.116

¹⁶² Ibid.p.120

contenida en el § 175 del Código Penal, por no ser contraria a la carta fundamental, en virtud de la consideración de las buenas costumbres¹⁶³ como justificación a la restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁶⁴. En este mismo sentido, el concepto material de delito, del Proyecto de 1962, se opuso al límite del poder punitivo a la protección de bienes jurídicos, y sobre una argumentación iusnaturalista cristiana, intentó convertir las exigencias de la ley moral en modelo de la legislación penal, lo cual implicaba mantener la prohibición penal del adulterio, de la homosexualidad entre varones adultos, y de otros atentados contra la moralidad¹⁶⁵. Este proyecto fue objeto de un fuerte rechazo.

A raíz de las fuertes críticas al proyecto de 1962, surge un proyecto alternativo de Código Penal en 1966, que restringe la punibilidad, a la protección de bienes jurídicos, eliminando todas las tendencias moralizadoras, lo que conducía a la despenalización de varios delitos sexuales, entre ellos la sodomía, y se presentó un proyecto especial para la reforma del derecho Penal de 1966/1969, que resultó ser muy influyente.¹⁶⁶

El § 175 del Código Penal alemán de 1871, que sancionaba las relaciones homosexuales entre varones adultos, fue finalmente derogado por la 1ª Ley para la Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969,¹⁶⁷ no obstante se mantuvo vigente la sanción penal, de las relaciones homosexuales masculinas, con menores púberes. Con las reformas de 1974 al Código Penal, se cambió el epígrafe de estos delitos por el de “delitos contra la autodeterminación sexual”, limitando de esta manera estos delitos a supuestos de lesión de bienes jurídicos.¹⁶⁸

Finalmente la modificación del Código Penal alemán, del año 1994, terminó, como lo expresa Bascuñán,¹⁶⁹ con el último residuo de discriminación penal por orientación sexual, al sustituir la prohibición de las relaciones homosexuales masculinas con menores púberes, por una regla general de protección frente al abuso por su

¹⁶³ *Sittengesetz* “ ley de las costumbres”

¹⁶⁴ BASCUÑAN Y OTROS. 2010. op.cit., p.61

¹⁶⁵ ROXIN. op. cit., p. 122

¹⁶⁶ Ibid.p.123

¹⁶⁷ BASCUÑAN y OTROS. 2010. op.cit., p.62

¹⁶⁸ ROXIN, op. cit., p. 126

¹⁶⁹ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio. *La inconsistencia del derecho penal sexual moderno*, en: VV.AA. La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Santiago: Edición de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, p. 417.

inexperiencia.

En el caso de Austria, el proceso reformista, fue comenzado por el legislador en el año 1974 y continuado en el año 2002 por el Tribunal Constitucional. El §209 del Código Penal austríaco de 1974, en la versión del art. N°8 de la Ley sobre hechos punibles cometidos por jóvenes, de 1988, disponía lo siguiente: “La persona de sexo masculino y de diecinueve años cumplidos, que realice acciones deshonestas con una persona del mismo sexo mayor de catorce pero menor de dieciocho años será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años”.¹⁷⁰

En el Código Penal austríaco, la interacción sexual con menores de 14 años son castigadas independientemente de su modalidad comisiva, y las acciones de connotación sexual heterosexuales u homosexuales femeninas, con mayores de 14 años, sólo son castigadas si concurre abuso. El Tribunal Constitucional de Austria, en el año 1989, había sostenido que el §209 del Código Penal, que castigaba la relación entre un hombre mayor de 19 años y un hombre menor de 18 años, pero mayor de 14 años, no era inconstitucional. Posteriormente lo declaró inconstitucional, por violación a los derechos de igualdad.¹⁷¹

En efecto, los argumentos para declarar la inconstitucionalidad del §209 del Código Penal se basan en que esta prohibición comprende exclusivamente acciones homosexuales consentidas, sin coacción ni abuso de una relación de autoridad por una persona mayor, entre personas de sexo masculino, mientras uno de ellos ya haya cumplido 19 años de edad y el otro haya cumplido 14 pero no 18 años de edad.

Que por su parte, son impunes los contactos homosexuales masculinos entre personas de la misma edad, por ejemplo, entre personas de 16 años, y también entre quienes exista una diferencia de edad que no exceda de 1 año. Que tampoco se castigan los contactos sexuales entre personas cuya diferencia de edad sea entre 1 y 5 años, mientras ninguno de ellos sea menor de 14 años ni mayor de 19 años.

Que por lo tanto, la prohibición penal implica una secuencia cambiante de impunidad, de punibilidad, y luego nuevamente de impunidad, según la duración de los 2 primeros períodos de impunidad y punibilidad de la medida de la diferencia de edad, que no tiene ninguna otra hipótesis en el Código Penal, cuando se trata de contactos homosexuales

¹⁷⁰ BASCUÑAN Y OTROS. 2010. Op.cit.,p.68

¹⁷¹ Ibid,p.69. Sentencia de 3 de octubre de 1989 (G227/88, G2/89).

entre varones penalmente responsables.

En atención al hecho que ésta prohibición incluye también contactos sexuales entre personas en una relación inicialmente no punibles, la norma carece de fundamento constitucional, ya que el legislador parte de que una relación entre personas de sexo masculino con una diferencia de edad de más de 1 año, pero menos de 5 años, no es contraria al fin de protección perseguido por el derecho penal. En consecuencia carece de fundamento conminar con una pena, esa relación sólo durante un determinado período, porque el miembro de la pareja de mayor edad alcanza los diecinueve años, hasta el cumplimiento de los dieciocho años por el miembro de menor edad.¹⁷²

Bajo estos argumentos el Tribunal Constitucional de Austria invalidó en su sentencia el §209 del Código Penal. Este fallo fue ratificado por la Corte Europea de Derechos Humanos, que sostuvo que este artículo viola el derecho a la igualdad y al de la vida privada¹⁷³. El legislador austríaco introdujo el 13 de agosto de 2002 en reemplazo de la disposición invalidada, un nuevo §207 b en el Código Penal, relativo al abuso sexual de menores de edad, en el que castiga atentados de abuso del menor, cuando concurre aprovechamiento: por la falta de madurez del menor, por una situación de necesidad, por contraprestación económica, o por superioridad en razón de mayor edad, sin establecer diferencias entre las conductas realizadas por heterosexuales y homosexuales.

En el Reino Unido, también se produjo este proceso transformador, siendo desarrollado por organismos internacionales del sistema europeo de derechos humanos, por la Corte (1981) y por la Comisión (1997).¹⁷⁴

El proceso de transformación propiciado por el reformismo, en particular respecto de la prohibición penal de la sodomía, que se ha ido desarrollando en Europa y replicando en otras partes del mundo, deja de manifiesto que no se puede sostener la validez de normas penales que protegen la moral, y que permiten restringir el libre desarrollo de la personalidad, legitimando una intromisión del legislador en la libertad individual, por cuanto no puede ser parte de los fines de un Estado democrático la protección de normas

¹⁷² Loc.cit. Sentencia de 21 de junio de 2002 (G6/02)

¹⁷³ Loc. cit. L.y V.v. Austria, Sentencia de 9 de Enero de 2003 (N°39392/98); Wolfmeyer v. Austria, Sentencia de 26 de Mayo de 2005 (N°5263/03)

¹⁷⁴ BASCUÑAN Y OTROS (2010). loc.cit.

morales cuya trasgresión no afecte a terceros. Por el contrario el Estado debe otorgar también protección a las conductas de las minorías.¹⁷⁵

2.2.2. La crítica al reformismo por su falta de neutralidad moral.

A principios del siglo XIX, Tittmann,¹⁷⁶ plantea que en los delitos que atentan contra la libertad, ésta puede verse afectada o por la obstrucción de la capacidad de acción, o bien, por la coacción de la voluntad ajena respecto del actuar o no actuar. La acción en los delitos contra la libertad, contiene una violencia contra la persona, ya sea mediante el uso de la fuerza física o la amenaza. El efecto de esta acción, es un actuar o no actuar contrario a la voluntad. De tal manera entonces, los delitos contra la libertad pueden consistir: o en la privación de la libertad de actuar por sí mismo, o bien en la coacción a ejecutar una acción no querida.

En efecto, los delitos contra la libertad, consisten en una restricción a la misma, en que esta se puede afectar tanto por una coacción para actuar contra la voluntad como también con una coacción a la inactividad. La coacción para actuar contra la voluntad del sujeto resulta más grave que la coacción a la inactividad, toda vez que en la primera, la persona se transforma en objeto o cosa de dicha acción.

Sin embargo, en los delitos en que se protege la libertad sexual, se presenta una anomalía, puesto que no se dispensa esta doble protección de los delitos contra la libertad en general, siendo solo constitutiva de delito sexual, una conducta que constriñe a una acción no deseada, y no la que sólo obstruye la realización de una conducta querida. Esto permite sostener que la protección de la libertad sexual es asimétrica, toda vez que solo se protege la libertad de abstinencia.

Bascuñán plantea que la referida asimetría, permite negar la “neutralidad moral” del derecho penal sexual moderno, ya que lo que caracteriza a los delitos sexuales es la asimetría radical en la valoración de la autonomía sexual, que sólo protege la libertad de abstención sexual.¹⁷⁷ La razón del por qué sólo se protege el interés de una persona de no participar de la interacción sexual, y con ello únicamente se protege la libertad de

¹⁷⁵ ROXIN. loc. cit, p.63

¹⁷⁶ TITTMANN, K. Contribuciones a la doctrina de los delitos contra la libertad, Maissen 1806. Traducción de Antonio Bascuñán Rodríguez. En: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2000. Delitos contra la libertad: [Material de estudio curso de Derecho Penal, parte especial]. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 2

¹⁷⁷ BASCUÑÁN (2009), op. cit., p. 209

abstención sexual, se encuentra en el cambio conceptual que transformó al “delito de lesión de la libertad corporal” a uno de “abuso o aprovechamiento”.¹⁷⁸

La definición del delito sexual como delito de abuso, que se comete realizando una acción sexual con el cuerpo de otro, contra su voluntad, coaccionando a la víctima a tolerar la realización de una acción sexual con su cuerpo, ha sido entendida como una forma de protección de la autonomía. Sin embargo, la finalidad de esta regulación no es esa, sino que lo contrario, la restricción de la sexualidad.¹⁷⁹

La restricción del concepto de abuso, sólo a la coacción, como una conducta no deseada, afirma un doble carácter normativo. Por una parte, es una afirmación legal que declara a la persona que padece la coacción como titular de un derecho a la libertad sexual, pero por otra parte y de manera tácita, es una afirmación cultural, que declara a la persona que “padece la coacción” como inocente de la infracción de un imperativo de abstención sexual. Por lo que la asimetría de los delitos sexuales, se explica por el concepto adscriptivo de víctima propio del modelo medieval.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Loc.cit

¹⁷⁹ BASCUÑAN (2009) op. cit., p. 210.□

¹⁸⁰ Loc.cit

3.EL DELITO DE SODOMÍA EN CHILE.

3.1. El delito de sodomía en el Código Penal de 1875.

Las fuentes que sirvieron de modelo al primer Código Penal chileno de 1875, no contemplaban al delito de sodomía, ya que el Código Penal español de 1848, sólo castigaba el acceso carnal entre varones en caso de uso de fuerza o intimidación, como delito de abuso deshonesto; y en caso de uso de seducción o engaño, como delito de estupro. El Código Penal español de 1822 tampoco castigaba la sodomía, ya que su referente, el Código Napoleónico de 1810, había sido el primero en eliminarla.¹⁸¹ El Código Penal belga de 1867 por su parte, no establecía diferencias en el tratamiento del comportamiento sexual entre heterosexuales y homosexuales.¹⁸²

El origen de este delito se encuentra en el Derecho colonial español, vigente aun en Chile hasta 1875¹⁸³, y que castigaba la sodomía en la Séptima Partida.¹⁸⁴ Es así como el primer Código Penal chileno, vigente desde el 1º de Marzo de 1875,¹⁸⁵ describe y sanciona el delito de sodomía, en su artículo 365, en los siguientes términos: “El que se hiciere reo de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio”.

Como el tipo penal no definió la acción, hubo que interpretar el sentido y alcance del término. Fue el criterio jurisprudencial finalmente, en opinión de Etcheberry, el que restringió el alcance del término, aplicándolo únicamente a la práctica homosexual entre varones, relativa al coito.¹⁸⁶ En efecto, la Comisión Redactora del Código, optó por la criminalización de este delito en términos restringidos, entendido como el “concúbiteo entre varones”. Los argumentos que se esgrimieron en la discusión para penalizar esta conducta, tenía una finalidad preventiva de evitar su propagación, ya que se trataba de una conducta frecuente y potencialmente contagiosa, capaz de extenderse en la

¹⁸¹ PACHECO, J. F. *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo III. Madrid, Imprenta de Santiago Saunaque. 1849. p.170

¹⁸² BASCUÑAN Y OTROS (2010). op. cit., p.63

¹⁸³ BASCUÑAN. (2011) op. cit.,p. .Fuero Juzgo, leyes 5 y 6, título vi, libro iii; Fuero Real de Alfonso X, ley 12, título ix, libro iv; Partida Séptima, título 21, ley 1; Novísima Recopilación, leyes 1 y 2, título 30, libro 12, (correspondientes a una instrucción de los Reyes Católicos de 1497 y a una pragmática de Felipe II de 1598).

¹⁸⁴ INESTA, E. El Código de 1874. *Revista chilena de historia del derecho* (19): P.27. 2003-2004.

¹⁸⁵ CÓDIGO PENAL. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de Noviembre de 1874. Por disposición del artículo final, entró en vigencia desde el 1º de Marzo de 1875.

¹⁸⁶ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo IV. Reimpresión 3ª edición revisada y actualizada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2004.p.p. 75-46.

sociedad.¹⁸⁷

3.2. La honestidad sexual como bien jurídico protegido.

El Código Penal de 1875, ubicó los delitos sexuales en el Título VII del Libro II, bajo el epígrafe de: “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”, siguiendo al Código Penal belga de 1867¹⁸⁸, ubicando aquí al delito de sodomía como un atentado contra de la “moralidad pública”, y en cuyo contenido de la prohibición influyó la legislación española vigente en Chile.¹⁸⁹

Se da protección a una concepción moral sobre el comportamiento sexual para la cual las conductas sexuales entre varones resultan intolerables. Se invoca un “interés social” para criminalizarlas en resguardo de la “moral social sexual”, debido al riesgo de propagación y contagio de la sodomía, atendido el peligro de perversión y corrupción moral, que esta conducta encierra para la sociedad¹⁹⁰.

La moral sexual defendida por el legislador chileno en el siglo XIX, del uso correcto de la sexualidad, siguió al modelo medieval. La doctrina coincide en que el objeto de protección de este delito fue “la honestidad sexual”, entendida como la facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los parámetros de comportamiento que imponen las valoraciones dominantes.¹⁹¹ El legislador define las conductas sexuales correctas sobre la base de prohibiciones morales reforzadas por la prohibición penal.

3.3. El delito de sodomía con las reformas al Código Penal de 1972-1994.

¹⁸⁷ RIVACOBA, M. de. Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal Chileno 1874. Valparaíso, Edeval. p. 385. Acta de la sesión 71 de 10 de abril de 1872.

¹⁸⁸ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Delitos contra la autodeterminación sexual: [Apuntes de la cátedra de Derecho Penal parte especial]. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2000. p. 87.

¹⁸⁹ IÑESTA. op. cit., p. 297.

¹⁹⁰ En este sentido Novoa señala: “La homosexualidad no solamente degenera al individuo, como ser apto a una normal multiplicación física, desarrollo psíquico y progreso espiritual, sino que tiene una reconocida potencialidad de difusión y contagio que pone en peligro, no solamente el interés individual de los que la sufren, sino el principal derecho de la sociedad a su propia conservación, que es bien jurídico digno de mayor estima”.

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

¹⁹¹ El término honestidad, es tradicional de la codificación española y fue utilizado en la epígrafe del título respectivo en los Códigos de 1840 y 1870.

Los delitos sexuales tras permanecer inalterados desde la dictación del Código Penal de 1875, por cerca de un siglo, experimento su primera modificación, al delito de sodomía, mediante la Ley N° 17.727, vigente desde el 27 de Septiembre de 1972, que agrega como inciso segundo del artículo 365 del Código Penal, el siguiente:

“ Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio al que cometiere el delito concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: 1° Cuando se use de fuerza e intimidación sobre la víctima; 2° Cuando se la víctima privada de razón o sentido por cualquier causa; y 3° Ser el ofendido menor de catorce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.”¹⁹²

Esta reforma introduce un nuevo tipo penal, denominado por Etcheberry como delito de “violación sodomítica”, que sanciona con penas aflictivas y de crimen, el uso de las modalidades propias del delito de violación. En contraste con esta figura, la prohibición contenida en el inciso primero del art.365 del Código Penal, que no exige ninguna de las modalidades indicadas, fue denominado como delito de “sodomía simple”.¹⁹³

Posteriormente, mediante el D.L. N°2967, de 11 de Diciembre 1979,¹⁹⁴ se aumenta la pena de la violación y de la violación sodomítica, cuando la víctima fuera una mujer menor de 12 años o un varón menor de 14 años; y se introduce el artículo 372 bis al Código Penal, aumentando la pena en caso de homicidio con ocasión de una violación.

Una tendencia modernizadora en materia de delitos sexuales comenzó a verse reflejada en Chile, casi treinta años después que en Europa, y luego del retorno a la democracia. Fue así como la Ley N° 19.221 de 1° de Junio de 1993, que fija en 18 años la mayoría de edad, modifica el límite de edad del sujeto pasivo en las figuras de raptó por seducción y abusos deshonestos¹⁹⁵. Al año siguiente, se derogan, mediante la Ley

¹⁹² Ley N°17.727. Ar.1 N°6. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 de Septiembre de 1972.

¹⁹³ ETCHEBERRY. op. cit., p.p.72-73

¹⁹⁴ D.L N°2967. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile de 11 de Diciembre de 1979.

¹⁹⁵ Ley N° 19.221. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, de 1° de Junio de 1993. Rebaja la edad de del sujeto pasivo de los delitos del art. 359, 362 y 366 del Código Penal, de 20 años a 18 años.

Nº19.335, de 23 de Septiembre de 1994, dos delitos de carácter moralizante del Código Penal, como lo eran los tipos penales de adulterio y amancebamiento.¹⁹⁶

3.4. El delito de sodomía con la reforma al Código Penal por la Ley Nº19.617

La reforma más significativa en términos sistemáticos, en materia de delitos sexuales en Chile, se hizo a partir de la Ley Nº 19.617, publicada con fecha de 12 de Julio de 1999¹⁹⁷. Esta ley entre otros aspectos importantes, deroga dos tipos penales moralizantes del Código Penal, el delito de raptó y la sodomía simple, libremente consentida entre adultos¹⁹⁸. No obstante, mantiene el criminalización de la sodomía simple, cuando la conducta de acceso carnal se realiza con menores adolescentes, introduciendo una nueva redacción al art.365 del Código Penal.

Esta ley modifica los delitos de violación y estupro, sustituyendo el verbo rector de “yacer” por el de “acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal”, pudiendo ser sujeto pasivo de la acción cualquier persona, mujer u hombre. Además se estableció dentro de la de violación, la figura denominada “violación impropia”, en el artículo 362 del Código Penal, que sanciona el acceso carnal por cualquiera de las vías mencionadas a un menor de 12 años, aunque no concurren ninguna de las circunstancias contempladas para la violación, denominada “propia”, de fuerza, intimidación o alguna de las formas de aprovechamiento o abuso contemplados en el artículo 361 del Código Penal.¹⁹⁹

Respecto de la fijación del límite edad para delimitar los tipos penales, la discusión parlamentaria se centró en determinar la edad a partir de la cual las personas pueden disponer de su propia sexualidad, y al mismo tiempo evitar incongruencias sistemáticas, especialmente respecto de la edad para contraer matrimonio en materia civil. De esta manera se fija el límite del consentimiento sexual, en 12 años, tanto para el hombre como para la mujer.²⁰⁰

¹⁹⁶Ley Nº19.335. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de Septiembre de 1994. Ambos delitos fueron derogados por el art Nº34 de esta ley.

¹⁹⁷ Nº19.617. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de Julio de 1999.

¹⁹⁸ Delitos derogados por la Ley Nº19.617. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de Julio de 1999.

¹⁹⁹ En el art 1 Nº 1 Mensaje presidencial que propone el proyecto a discusión, se incorpora en el Nº 4 del Art. 361 que se propone sustituir, y que tipifica el delito de violación. la hipótesis de que la víctima sea menor de doce años cumplidos, aún cuando sea con su voluntad.

²⁰⁰ Sin considerar la diferencia que hace el Código Civil, respecto de la edad de la pubertad en hombres a partir de los 14 años y de la mujer a partir de los años de edad, y que había sido relevante para los efectos de la hipótesis del violación sodomítica de menor de 14 años.

El proyecto de la Ley N° 19.617 que modificó el artículo 365 del Código Penal, originalmente buscaba solo derogar la violación sodomítica²⁰¹ y respecto del inciso primero del artículo 365 no contemplaba modificaciones.²⁰² Sin embargo, este inciso que castiga la sodomía simple fue objeto de diversas indicaciones.

Durante la discusión parlamentaria del proyecto de Ley que modifica este delito se presentaron dos posturas: la más radical, que proponía la despenalización de este delito y derogar también este inciso, y la que proponía la sustitución de este inciso y criminalizar la conducta realizada por adulto con menores.

En la discusión legislativa que se suscitó en la Cámara de Diputados, y en la que se adoptó el texto finalmente aprobado, con mínimas modificaciones por la Comisión Mixta, se buscó legitimar este delito sobre la base de argumentos homofóbicos y moralizadores, no muy diferentes de los que suscitaron en el seno de la Comisión Redactora del Código Penal de 1875.

Durante la discusión se mencionó que en la Iglesia Católica se distingue entre la homosexualidad como condición y la homosexualidad como comportamiento. Sobre la condición homosexual, la iglesia se pronunció respetando la dignidad de toda persona, tanto en las palabras, las acciones, como en las legislaciones. Que el comportamiento homosexual, en cambio no es aceptado, ya que no expresa una unión complementaria capaz de transmitir la vida, y como sucede en cualquier otro desorden moral, la actividad homosexual impide la propia realización y felicidad porque es contraria a la sabiduría creadora de Dios.

Se manifestó que se podía distinguir desde el punto de vista clínico, entre la homosexualidad, siendo la homosexualidad genuina, considerada una condición de una persona, sin intervención de su voluntad por lo que no se puede corregir ni con educación ni con tratamiento. La realización de conductas sexuales homosexuales, son necesarias para su estabilidad individual, la que va a depender de si sus necesidades sexuales básicas e instintivas se encuentren satisfechas. Si ello se coarta, va a ser un sujeto

²⁰¹ Historia de la Ley N°19.617. Boletín N°1048-07. 1° trámite constitucional. Mensaje de 03 de agosto de 1993, en sesión 22. Legislatura 326. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>

²⁰² Historia de la Ley N°19.617. Boletín N°1048-07. 1° trámite constitucional. Mensaje de 03 de agosto de 1993, en sesión 22. Legislatura 326. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>

insatisfecho, resentido contra la justicia y la sociedad, causante de preocupación social, desde el punto de vista psiquiátrico y psicológico individual.

Se resaltó también la aparición del homosexualismo militante, a veces agresivo, que se organiza y exhibe, en contra de la sociedad, por represiva y discriminatoria. Una permisividad jurídica puede llegar a plantear derechos civiles de los homosexuales y a la consideración jurídica de sus relaciones anormales.

Algunos integrantes de la Comisión de Constitución, estimaron que la supresión de la sodomía podría dar una mala señal a la sociedad dando a entender como socialmente aceptable una conducta que es “naturalmente desviada”. La sodomía por lo demás es un delito, en cuanto implica la realización de un acto contra la naturaleza, es un acto intrínsecamente negativo, y lo es también en sentido de corrupción, en cuanto supone el consentimiento de ambas partes y tiende a permanecer en el tiempo. Al producir el hábito ambas partes involucradas tienden a no valorarlo como algo malo, produciéndose un problema muy importante de alteración de la conciencia.

Algunos de los argumentos que se esgrimieron en la Cámara de Diputados para legitimar este delito en 1999, fueron los sostenidos por los diputados Iván Moreira, José García Ruminot y Andrés Chadwick.²⁰³

El diputado Iván Moreira, sostuvo que la despenalización de la sodomía podría ser el inicio de una serie de otras propuestas que indudablemente socavan los valores sociales y atentan contra la familia y el bien común. Lo que se resguarda con el castigo de la sodomía es la “moralidad pública”. Se trata de una conducta anormal y antinatural. Señaló la posición de la Iglesia fijada en el documento “Sexo y Moral”, el acto sexual tiene una doble finalidad, unitiva y procreativa, de mutua entrega y abierto a la vida. Es el respeto a esa finalidad el que asegura la moralidad del acto. La homosexualidad es considerada una desviación, contraria a la doctrina social de la Iglesia y al sentido moral.

El diputado José García Ruminot, por su parte afirmó que la homosexualidad era una lacra y que combatirla evitaría campañas del SIDA y otras infecciones por ella provocada y que son un castigo de Dios a toda la comunidad homosexual. Se habla de las sociedades antiguas y de las modernas; de la época victoriana, pero no de Sodoma y

²⁰³ Historia de la Ley N°19.617. Primer trámite constitucional. Cámara de Diputados. Discusión en sala.13 de Junio de 1995. En sesión 8. Legislatura 331.

Gomorra y de la Iglesia Católica. Cuando se quiere modernizar de esa manera, se vuelven vulnerables los principios más tradicionales de la patria. No se toma en cuenta la cultura ni las tradiciones, y Chile no tiene cultura de homosexuales. Nadie puede meterse en la vida privada, pero si debe respetar a las mayorías del país. En cuanto a lo que es normal y a lo que es anormal, solo el 5% representa a la homosexualidad en el país, se ha puesto un tema que no tiene ninguna relevancia social.

A su vez, el diputado Andrés Chadwick indicó que despenalizar este delito significaría que una conducta anormal, desde el punto de vista de la naturaleza humana, se transformaría en normal y se le daría el carácter de lícita, lo que generaría una tendencia, pues quienes la apoyen, después deberán defender también el otorgamiento de la igualdad y de derechos a las personas homosexuales. La despenalización del delito de sodomía produce un efecto grave desde el punto de vista social. En segundo término que en materia penal no se pueda sancionar este delito porque es parte de la vida privada y no hay víctimas, no es efectivo, ya que hay bienes jurídicos superiores que están protegidos, como el “bien de la familia o las costumbres de una sociedad”.

Por su parte, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, deja constancia que el Ministerio de Justicia en su momento, estuvo por modificar el delito de sodomía, limitado a los casos en que sea consentida y estimó conveniente limitar la protección penal a las relaciones sodomíticas de un adulto con un menor, a fin de proteger el libre desarrollo sexual de este y asegurar su indemnidad cuando medie entre ambos una diferencia significativa de edad, sugiriendo una diferencia de 4 años.

En la discusión se indicó que una reforma del derecho penal, con vistas a no considerar como actos criminales las relaciones homosexuales que no atenten contra el bien común. Lo que dos individuos realicen en la esfera de la intimidad no tiene por qué ser castigado, aunque constituyera una falta ética, de igual modo como se consideran los comportamientos heterosexuales inhumanos y pecaminosos cuando no traspasan los límites del bien común.

Además que lo que el sentido común aconseja, sin embargo, que esto no es normal no es conveniente que se haga en forma pública, porque puede repercutir en la sociedad de diversas maneras. Impacta presenciar actos de homosexuales y puede producir daños en las personas; en los menores puede producir corrupción, llevar a una

deformación y a un conflicto. De modo que en la práctica de esta homosexualidad genuina debe ser privada para que no sea un elemento perturbador en la sociedad.

En definitiva, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, por mayoría de votos, optó por suprimir la disposición del inciso primero del art 365, y establecer en su reemplazo una disposición nueva que sancionara al “adulto” que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, con una penalidad de presidio menor en sus grados mínimo a medio.²⁰⁴

La disposición propuesta recoge el concepto de homosexualidad mínima. Es decir, los adultos que consintieren previamente en realizar estas conductas quedan al margen del Derecho Penal. Esta disposición se complementaría con otra, que recoge el concepto de escándalo público, que castiga al que públicamente ofendiere el pudor con acciones o conductas con personas del mismo sexo. Con tal fin, se propone incorporar en el artículo 494 del Código Penal un número 22 nuevo, penalizándose esta conducta como falta, con prisión en sus grado medio a máximo o multa de uno a cinco sueldos vitales.

205

La Comisión se pronunció sobre la mantención del inciso primero del actual artículo 365, lo que se resolvió por 3 votos a favor y una abstención. En el segundo trámite constitucional, el Senado, decidió mantener el inciso primero del artículo sin modificaciones, optando por mantener la prohibición de la sodomía consentida, y a su vez eliminó la violación sodomítica, reemplazando sus incisos segundo y tercero por otro, que resolvía los posibles problemas de concurso ideal entre los delitos de sodomía y el de violación y estupro, estableciendo que se aplicarían solamente las penas de estos últimos²⁰⁶. En el tercer trámite constitucional, la Cámara de Diputados rechazó las

²⁰⁴ oficio N°744, de 2 de Agosto de 1996, art.1 N°13 a). La modificación fue acordada inicialmente en primer informe, de 10 de mayo de 1995, art. 1° N°12a.

²⁰⁵ Una conducta similar, cometida por el que públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos, se castiga actualmente como falta en el artículo 495, N° 5°, pero con una pena inferior, de prisión en sus grados mínimo a medio y multa de un cuarto a medio sueldo vital. Si estas mismas personas cometieren acciones de mayor gravedad y ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, incurrirían en el delito de ultrajes públicos a las buenas costumbres y la sanción que les afectaría sería la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

²⁰⁶ Oficio N°11620, de 9 de Septiembre de 1997, Art. 1° N°13

alteración del Senado.²⁰⁷ Ante el desacuerdo entre ambas cámaras del Congreso Nacional, fue puesta en votación, la proposición de la Cámara de Diputados, en la Comisión Mixta, dicha proposición resultó aprobada con pequeñas modificaciones en una nueva redacción, por cinco votos contra dos.²⁰⁸

El proyecto de Ley fue aprobado por el Senado, pero fue objeto de veto presidencial, por otra norma. Con la aprobación del veto presidencial, el proyecto fue promulgado el 2 de Julio de 1999 y publicado en el Diario Oficial del 12 de Julio de 1999. Finalmente, la nueva disposición por la que se reemplazó el inciso primero del artículo 365 sufrió tres modificaciones adicionales previas al trámite de finalización, como consecuencia de las indicaciones presentadas por los parlamentarios. Se suprime de su texto la palabra “adulto”, con el fin de configurar el tipo sin más exigencias respecto del sujeto activo que las de que sea una persona humana.

El Diputado Bustos y el profesor Bascuñán, hicieron presente a la Comisión que, para que para que opere esta seducción abusiva, debería existir una diferencia apreciable de edad entre el autor y la víctima, por lo que sería apropiado establecer una excusa legal absolutoria para aquellos casos en que la diferencia de edad sea inferior a 4 años. La Comisión Mixta decidió poner en votación esa idea, siendo rechazada por 4 votos contra 3.

La Comisión Mixta por unanimidad, sustituyó la expresión “tener relaciones sexuales” por la de “acceder carnalmente”, para guardar concordancia con las normas ya aprobadas en materia de violación y estupro, y también para dejar en claro que el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón.

De esta forma, se sustituyó el antiguo artículo 365 del Código Penal, por otro del siguiente tenor: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. En consecuencia, se mantuvo la tipificación de la sodomía simple, cuando el sujeto accedido es un varón menor de 18 años y mayor de 12 años, ya que en caso de ser menor de 12 años, se trata de una hipótesis de violación impropia del art 362 del Código Penal.

3.5. Aumento del límite de edad para el consentimiento sexual. Ley N°19.927

²⁰⁷ Oficio N°2014, de 16 de Junio de 1998.

²⁰⁸ Historia de la Ley N°19.617. Informe de 5 de Noviembre de 1999, Art.1 N°10

A raíz de la utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico, mediante el uso de soportes tecnológicos en las redes de comunicación social, se proponen nuevas modificaciones a los delitos sexuales, entre ellas, elevar de 12 a 14 años el límite del consentimiento en materia sexual. Es así como, con la Moción Parlamentaria de Fecha 10 de Abril de 2002²⁰⁹, se da inicio a la tramitación del Proyecto de la Ley N°19.927, publicada el día 14 de Enero de 2004, que modifica el Código Penal, en materia de delitos de pornografía infantil,²¹⁰ y que eleva el consentimiento sexual de 12 a 14 años.

El fundamento legislativo para esta modificación se encontraría en el hecho, que según lo habrían informado los expertos, a los 12 años de edad, un niño, hombre o mujer no contaría todavía con las capacidades cognitivas mínimas para tomar una decisión de trascendencia en su vida, ya que si bien su desarrollo físico y sexual, ha comenzado a manifestarse no necesariamente se encuentra a la par de su desarrollo afectivo, y social. Por lo anterior, el menor podría ser susceptible de manipulado por alguien mayor, y quedar en situación de desventaja al momento de tomar decisiones con dicha persona. En esta etapa el menor aun no se cuenta con la capacidad de prever las consecuencias de sus actos, siendo además altamente influenciable en la búsqueda de su propia identidad.

Por otro lado resulta necesario adecuar el derecho interno a las normas y principios de la CDN, equiparando en 14 años la edad mínima para contraer matrimonio, tanto para hombres como mujeres. Por su parte, el proyecto de LRPA que considera adolescentes y responsables, a las personas entre 14 y 17 años de edad.

La reforma a los delitos sexuales, se dirigió fundamentalmente a la protección de los menores de edad, respecto de atentados a su libertad sexual, no siendo objeto de agresiones contra su voluntad, sobre la base del principio de "indemnidad sexual". Al

²⁰⁹ Boletín N° 2906-07. Moción parlamentaria 10 de Abril de 2002. Sesión 10. Legislatura 346. 1er Trámite Constitucional. Diputados.

²¹⁰ Ley N°19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en materia de delitos de pornografía infantil. Diario Oficial, de la República de Chile, Santiago, Chile, el 14 de Enero de 2004.

elevarse el consentimiento sexual de 12 a 14 años, en delitos que afectan a menores de edad, se intensifica su protección penal, mediante la creación de nuevos delitos.²¹¹

Cox, a propósito de los nuevos delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico, que involucra a adolescentes, plantea una seria crítica al sistema de regulación de los delitos sexuales como figuras expansivas del derecho penal, advirtiendo el riesgo de producir un Derecho Penal hipertrofiado e ineficiente, y de transformarlo en una herramienta de control social e intromisión inaceptable en la esfera de libertad de los individuos.²¹²

Por su parte Couso, cuestiona si esta perspectiva de las capacidades del niño es compatible con la concepción del niño como un sujeto de derecho capaz de ejercer progresivamente los mismos en forma autónoma, “en conformidad con la evolución de sus facultades” conforme lo dispone el Art. 5° de la CDN.²¹³ Es cierto que el grado de autonomía que se les debe reconocer a los niños es menor en los primeros años de la niñez, y sólo al alcanzar mayor edad y madurez, conforme la “evolución de sus facultades”, pero se va incrementando progresivamente, sostiene Couso, siguiendo a Cillero, hasta alcanzar en muchas materias plena autonomía en la adolescencia.²¹⁴

Para Couso, el asunto de la capacidad de consentimiento sexual ha sido tratada en los organismos internacionales de manera inconsistente, cuando se manifestaron sobre la protección contra el abuso y la explotación sexuales, declararon que no buscaban regular la vida sexual de los niños, sino prohibir y combatir su explotación sexual²¹⁵. Sin embargo, aunque la CDN no establece una edad de consentimiento sexual y ni se ha recomendado la fijación de una edad determinada, el Comité de Derechos del Niño de las ONU, sí ha planteado que debe fijarse una, la que parece estar aspirando que sea alrededor de los 16 años, ya que ha se ha manifestado criticando los 12 años que fijó

²¹¹ En efecto, se incorporan los artículos 365 bis, de abuso sexual con introducción de objetos o animales; art. 367, de promoción o facilitación de prostitución infantil; el art. 366 quinquies, que prohíbe la producción, comercialización, importación y exportación, distribución y difusión de materia pornográfico infantil. Se agrega el artículo 367 ter que sanciona al usuario de prostitución de menores mayores de catorce años y menores de dieciocho años, mediante pago o retribución.

²¹² COX, Juan Pablo. *Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del Derecho Penal*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI. Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I. p.146

²¹³ COUSO. (2010). op.cit.,p.33

²¹⁴ Ibid.p.36

²¹⁵ Ibid.p.34

Indonesia y los 14 años de edad que fijó Islandia.

Lo anterior no es coherente, sostiene Couso, ya que el establecimiento de una edad de consentimiento sexual, sobre todo si no va acompañado de la fijación de una diferencia de edad mínima “*age span*” para perseguir penalmente las relaciones sexuales, implica establecer una prohibición del ejercicio de la sexualidad. La idea de incapacidad de consentir, es contraria a la tendencia a reconocer autonomía a los niños, sobre todo a partir de la adolescencia, entre los 12 y 14 años, para tomar decisiones relevantes sobre sus derechos de privacidad.²¹⁶

3.6. Análisis dogmático del artículo 365 del Código Penal con la reforma de la Ley N°19.617.

Según lo vimos, luego de la reforma de la Ley N° 19.617, el art. 365 del Código Penal, mantuvo la sanción al delito de sodomía simple, cuando el sujeto accedido fuera un menor de 18 años. El legislador consideró este comportamiento como una hipótesis de “corrupción de menores”, al entender que constituiría un peligro potencial para los menores de edad, en el ámbito del desarrollo normal y de la consolidación de su sexualidad, afectando con ello, la indemnidad sexual del sujeto accedido.²¹⁷

3.6.1. La conducta típica

El tipo penal del art 365 del Código Penal, está descrito en los siguientes términos: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

La conducta descrita consiste en “acceder carnalmente”, cuyo significado ha sido entendido, mayoritariamente, en los mismos términos que tiene dicha expresión en los delitos de violación y estupro, cuyo sentido, acorde a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°19.617, solo puede tratarse de la penetración del miembro viril, en alguna de las cavidades descritas por el legislador, dejando con ello impune el comportamiento homosexual femenino, ya que esta conducta solo puede realizada por un varón.²¹⁸ El tipo exige que el sujeto accedido sea del mismo sexo de quien realiza la

²¹⁶ Ibid.p.35

²¹⁷ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte especial, tomo III. Delitos contra la vida, delitos contra la integridad física y la salud, delitos contra el honor, delitos contra el orden de la familia, delitos contra la honestidad.* 2ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica, Santiago. 2002. p.430

²¹⁸ RODRIGUEZ. op. cit., p.251

acción, por lo tanto, debe tratarse de otro varón.

Respecto de las cavidades que pueden ser objeto del acceso carnal, a diferencia de los delitos de violación y estupro, el legislador no indicó la vía a través de la cual debe realizarse la penetración, sin embargo, atendida la naturaleza del delito, se ha entendido mayoritariamente, que solo podría tratarse de la vía anal, aunque ha sido controvertido si puede alcanzar a alguna otra vía. En efecto, Garrido²¹⁹, opina en un sentido diverso al expresado, para él, la acción prohibida por el art 365 del Código Penal, debe ser entendida en un sentido amplio, comprensivo tanto de la sodomía como del lesbianismo, y en consecuencia, conforme esta interpretación, se incluye, tanto el acceso por la vía vaginal, anal o bucal.

Para Rodríguez Collao y Bascuñán, el tipo exige una interpretación restrictiva del acceso carnal, limitado solo al acceso carnal entre varones, y a la vía anal. Así también lo ha ratificado un fallo reciente del Tribunal Constitucional chileno.²²⁰

3.6.2. Los sujetos del delito

En relación con el sujeto activo, puede ser un varón de cualquier edad, ya que el tipo no formula una exigencia etaria especial. Para Rodríguez Collao, basta con que sea imputable²²¹. Sin embargo, el legislador de la reforma de 1999, frente a la alternativa de despenalizar esta conducta entre menores de edad e incluir la palabra “adulto” a este artículo, referido al sujeto activo, optó por excluirla, según se ha señalado al tratar esta discusión.

Con la modificación al límite de edad para el consentimiento sexual, aunque el tipo penal del artículo 365 del Código Penal no varió en su tenor literal, si sufrió una alteración, en cuanto al rango etario del sujeto accedido, ya que debe tratarse de un varón menor de 18 años, pero mayor de 14 años de edad. En efecto, conforme a la exclusión de circunstancias que hace el legislador al describir la conducta prohibida, la exigencia que la acción de acceso carnal, sea realizada, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o de estupro, la modificación en el límite del consentimiento sexual, establecido para esos delitos, alteró también el rango etario del menor accedido, en el delito de sodomía.

²¹⁹ GARRIDO. 2002. op. cit., p. 433

²²⁰ BASCUÑAN. 2011. op. cit., p.128

²²¹ RODRIGUEZ. op. cit.,p. 252

El delito de sodomía requiere además que el menor accedido, sea un varón con pleno uso de sus facultades mentales,²²² que no actúe como víctima de alguna de las circunstancias de la violación propia, del art 361 del Código Penal, esto es, que no haya concurrido el uso de fuerza o intimidación; o el aprovechamiento de un estado de privación de sentido del menor o de la incapacidad de éste para oponer resistencia, o abuso de un estado de enajenación mental del adolescente.

Tampoco ha de concurrir en el acceso carnal del menor púber, alguna de las circunstancias del delito estupro, previstas en el art. 363 del Código Penal, esto es, circunstancias abusivas, en razón de una anomalía o perturbación mental de menor entidad; o en razón de una relación de dependencia, o de un grave estado de desamparo, o de abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual del adolescente.

Lo anterior, por cuanto en dichos casos, la conducta se traslada a algunas de las referidas hipótesis delictivas. Existe consenso en la doctrina, que lo que se sanciona en delito de sodomía, es un contacto sexual libremente consentido entre los involucrados en el contacto homosexual²²³. Se sostiene, como lo hace Garrido, que es un delito de participación necesaria, en el que deben intervenir dos personas, libre y espontáneamente, de manera directa y personal, por lo que es un delito de propia mano,²²⁴ asimismo, lo afirma Etcheberry.²²⁵

3.6.3 El tipo penal subjetivo

El tipo penal, exige la concurrencia de dolo directo, dirigido a la realización del acto sexual. Si se considera este delito, como un delito de corrupción de menores, el sujeto activo tendrá que actuar con la conciencia, sostiene Rodríguez Collao, que el acceso carnal tiene la virtualidad corruptora que el tipo requiere y el propósito de realizarlo.²²⁶ No obstante lo anterior, como trata de un delito de mera actividad, ya que el tipo no exige un efectivo resultado lesivo en el normal desarrollo psíquico y emocional de la víctima, no es necesario para la configuración del delito que éste se produzca²²⁷. Como se verá, en el próximo capítulo, Bascuñán, rebate esta postura, criticando su legitimidad.

²²² RODRIGUEZ. loc. cit.

²²³ GARRIDO. 2002. op. cit., p.311

²²⁴ Ibid. p.p. 311, 433

²²⁵ ETCHEBERRY. Tomo IV. 2004. loc.cit.

²²⁶ RODRIGUEZ. op. cit., p.253

²²⁷ RODRIGUEZ. op. cit., p.254.

Para Bascuñán, en definitiva lo que se prohíbe con la sodomía es el acceso carnal consentido, conforme a los criterios con que el Código Penal regula los atentados sexuales contra personas mayores de 14 años, cuando la persona penetrada genitualmente es un varón y es menor de 18 años. Si se trata, en cambio, del acceso carnal a una persona de sexo femenino, mayor de catorce años y menor de dieciocho años, la penetración genital de su vagina, ano o boca es impune, a título de atentado sexual, cuando no es abusiva bajo esos criterios.

El delito de sodomía sanciona el acceso carnal del menor de edad, incluso cuando es plenamente consentido por el menor accedido, ha sostenido el Tribunal Constitucional chileno, al afirmar su constitucionalidad. Bascuñán, sostiene que esta deducción del Tribunal Constitucional, incurre en una falacia. Para él, que la acción sea punible, aun cuando no sea abusiva en los términos de la regulación de la violación y el estupro, no significa que no pueda ser abusiva bajo otros criterios. Si del sentido literal del art. 365 del Código Penal, es posible interpretar esta norma opera como una prohibición, incluso del acceso carnal libremente consentido por el menor, bastaría con eso, para generar el problema de constitucionalidad sobre su legitimidad.²²⁸

A Matus y Ramírez,²²⁹ les llama la atención que si el objetivo de la criminalización de la sodomía con adolescentes, tiene como finalidad impedir la corrupción de menores, ocurra que para el legislador, solo las relaciones homosexuales entre varones afecten el normal desarrollo de la sexualidad y no así las relaciones homosexuales entre mujeres. Para ellos, la razón se encontraría en una justificación precaria, para mantener un atavismo cultural, que no se comprende, el por qué solo incluye la protección a menores varones y no a las mujeres.

3.7. El delito de sodomía en la Ley N°20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

Con el inicio de la discusión del proyecto de la Ley N°20.084, Sobre Responsabilidad Penal Adolescente²³⁰ (LRPA), la exención de responsabilidad penal en materia de delitos sexuales, se hacía indispensable, ya que en este proyecto se fija el límite de

²²⁸ BASCUÑAN. 2011.op.cit. p 115.

²²⁹ MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Tomo I. 3ª Edición. Santiago*, Thomson Reuters, 2014. p. 348.

²³⁰ Boletín 3021-07.

responsabilidad entre los 14 años y 17 años de edad. Como la eximente propuesta, para el delito de sodomía, durante la tramitación del proyecto que dio origen a la Ley N° 19.617, aplicable a varones que tuvieran una diferencia de edad inferior a los cuatro años, no prosperó, con la entrada en vigencia de la Ley N°19.927, que elevó el consentimiento en materia de delitos sexuales, se hizo más necesaria, la referida exención. En efecto, con el nuevo límite etario de la autonomía de la sexualidad de menores, se infantilizó a quienes habían sido considerado púberes, tratándolos como si fueran infantes, y por ende sexualmente intocables.

Por otro lado la Ley N°19.927 no incorporó una norma que impidiera la incriminación de conductas sexuales entre niños y adolescentes, ya que hasta ese momento la responsabilidad penal de los menores, solo surgía a partir de los dieciséis años de edad, en el caso, que el tribunal de menores, los declarara con discernimiento.

El mensaje presidencial con que se dio origen al proyecto de esta Ley de LRPA, no contemplaba originalmente ninguna regla especial en esta materia, siendo incorporada después, por la Cámara de Diputados.²³¹ En el segundo trámite constitucional el Senado, se aprobó esta regla, pero con una nueva redacción, con la que se aprobó la Ley N°20.084, promulgada el 28 de Noviembre de 2005, publicada en el Diario Oficial el 7 de Diciembre de 2005 y que entró en vigencia en Junio del año 2007.

El legislador de la LRPA, debió considerar un hecho de la realidad al momento de debatir la inclusión de esta regla de exención, la temprana iniciación de la vida sexual de los menores de edad, antes de cumplir 14 años de edad. Dadas las particulares formas de interacción que se desarrollan entre niños y adolescentes, en el contexto del pololeo, y con el fin de evitar la criminalización de estas conductas realizadas entre menores, en una etapa de la vida de éstos, en que la experimentación es parte del desarrollo normal de su sexualidad, se incorporó en el artículo 4° de la LRPA, una regla especial en materia de delitos sexuales, de exención de responsabilidad penal, que modificó la estructura general en esta clase de delitos cuando se aplica a adultos, bajo la exigencia de ciertos requisitos, la que se expresa en los siguientes términos:

Artículo 4°.- Regla especial para delitos sexuales. “No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 *quater* del

²³¹ Oficio N°3872, de 6 de Agosto de 2002.

Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de catorce años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”.

La exención establecida por el art. 4° de la LRPA fue originalmente establecida, para abordar el problema de las conductas sexuales que tienen lugar entre menores de edad, adolescentes, entre los 14 y 17 años, sujeto a responsabilidad penal adolescente, y un menor impúber, menor de 14 años.

En este contexto si el adolescente no ha abusado del impúber, en los términos de las circunstancias previstas en el art. 361 para el delito de violación, o de las previstas para el delito de estupro en el art. 363, ambos del Código Penal, queda exenta de procesabilidad, aun cuando haya tenido contacto sexual con ella, con tal que tenga una diferencia de edad inferior a 2 años para el caso que ese contacto haya consistido en acceso carnal, o de tres años para los demás casos mencionados de actos de significación sexual.²³²

En este supuesto, la mención del delito de sodomía presenta el problema de cómo podría aplicarse la exención, ya que resulta en principio inaplicable, ya que como se ha señalado, el sujeto accedido carnalmente, debe ser un varón adolescente, entre los 14 y 17 años. La condición de impúber del sujeto accedido, menor de 14 años, excluye la aplicación del referido tipo penal, por quedar comprendida dicha hipótesis, dentro del delito de violación del art. 362 del Código Penal.²³³

Por otro lado, en los términos expresados por el legislador, esta regla exime de responsabilidad al varón adolescente, de 14 o 15 años de edad, que sin mediar circunstancias de abuso, accede carnalmente a un varón impúber, de 12 o 13 años. Sin

²³² BASCUÑAN Y OTROS. 2010.op.cit., p.67

²³³ Mañalich sostiene que el obstáculo procesal que plantea la regla del artículo 4° de la Ley sólo resulta aplicable ante la sospecha de quebrantamiento de la norma de comportamiento que prohíbe la violación del menor impúber y no así frente a la sospecha de quebrantamiento de las normas de conducta que prohíben la violación a secas y el estupro. Por lo tanto, la disposición se aplica cuando la víctima tiene menos de catorce años, y su sentido es exigir que en tales casos exista una diferencia de edad de a lo menos dos años entre aquella y el autor, si la conducta encuadra en el delito de violación, o de a lo menos tres, si encuadra en el delito de abuso sexual directo, abuso sexual indirecto, sodomía y producción de material pornográfico infantil.

embargo, concluir que el acceso carnal a un menor de 12 o 13 años, pueda quedar exento de procesabilidad, por la aplicación de esta regla, pero no en el caso del acceso carnal a un menor de 14, 15 y 16 y 17 años de edad, aunque la diferencia de edad con él sea inferior a 2 años, es absurdo.

Por esta razón, una parte de la doctrina se inclina por estimar que la referencia al delito de sodomía constituye un error legislativo, además de otras inconsistencias que se presentan en su aplicación. Para evitar el referido absurdo, debe interpretarse esta regla, en el sentido de que la mención del art. 365 opera por sí sola como regla de eximente de procesabilidad penal.²³⁴

3.7. Discusión sobre la naturaleza jurídica de la regla del art. 4º de la LRPA

En la doctrina se discute respecto de la naturaleza jurídica de la eximente de responsabilidad penal adolescente contenida en esta regla del art 4º, si se trata de una causal de atipicidad, de una causal de justificación o de una excusa legal absolutoria, y sobre los efectos que de ello se derivan.

Para Rodríguez Collao esta regla se trataría de una causal de atipicidad, ya que cumpliéndose los requisitos previstos por ella, no se configuraría el delito.²³⁵ Lo anterior por cuanto el fundamento de la tipificación de estos delitos se relaciona con la intensidad del ataque al bien jurídico y la magnitud del daño ocasionado por el comportamiento abusivo, lo que solo ocurre si concurre alguna de las modalidades del artículo 361 ó 363, si se supera el rango de edad previsto para la exclusión de pena. Para este autor, no puede ser considerada como una excusa legal absolutoria, ya que en la redacción del art. 4º de la LRPA no se hace alusión a que la exención de la pena esté vinculada a razones de conveniencia u oportunidad del castigo, cuya formulación es característica de una excusa legal absolutoria.

Desde esta perspectiva, no se comparte la opinión de Rodríguez Collao, ya que la referida regla del art 4º de LRPA, se sustenta en la existencia de una circunstancia, personal o material, cuya presencia excluye totalmente la punibilidad del acto, en la que no se desconoce la existencia del delito y sus efectos, pero que sin embargo se renuncia a su punibilidad a pesar de su existencia, ya que la exclusión de punibilidad, se produce

²³⁴ BASCUÑAN Y OTROS. 2010. Loc.cit.

²³⁵ RODRIGUEZ. Loc.cit

en este caso, por razones político-criminales, en razón de las características personales del sujeto, adolescentes, y su forma de interrelacionarse con otros menores de edad, que fueron tenidas en cuenta por el legislador para no castigar el delito²³⁶. Lo anterior, nos permite cuestionar la legitimidad de la prohibición penal del delito al cual accede la excusa legal absolutoria.

Para quienes estiman que la regla del art 4º de la LRPA, debe interpretarse en el sentido de que la mención del artículo 365, opera por sí sola como regla de eximente de procesabilidad penal,²³⁷ esto es como, una excusa legal absolutoria, plantean que aun subsiste la incertidumbre interpretativa de cual es la diferencia de edad entre los involucrados exigida por el legislador para que opere la eximente al autor, si inferior a 2 o 3 años.

Si la expresión de la ley, de la “conducta descrita en el art. 362”, se interpreta como cómo una conducta de acceso carnal, entonces la eximente exigiría no más de 2 años de diferencia de edad. Si en cambio, se interpreta circunscrita a todos los elementos del tipo, incluyendo la edad de la víctima, entonces, solo podría referirse a la conducta de sodomía, descrita en el art. 365, y por ende la eximente abarcaría hasta los 3 años de diferencia de edad. Sin embargo, ésta última interpretación de tal progresismo, no guarda coherencia con el espíritu del legislador, si se considera la historia legislativa de la penalización del art. 365, y su discusión parlamentaria durante su reforma en el año 1999, de dar mayor reconocimiento a relaciones masculinas homosexuales, en relación a las heterosexuales, incluidas en la hipótesis del art.362.

En consecuencia, tratándose del sujeto activo adolescente que accede carnalmente a un menor, con quien tiene una diferencia de edad superior a los 2 años, pero inferior a los 3 años, en el mejor de los casos, si la interpretación de su procesabilidad se resolviera en los términos más favorables para el menor que accede carnalmente a otro, seguirían subsistiendo otras de las inconsecuencias derivadas de la regla del art. 4ª con relación al art. 365.

²³⁶ MONROY Mejías, Juan Esteban. *Naturaleza jurídico penal de la regla de exclusión de punibilidad del artículo 4 de la ley 20.084*. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en derecho penal,. Santiago, Chile. Facultad de Derecho. Escuela de Post Grado. Universidad de Chile. Agosto de 2014. p.59-60

²³⁷ BASCUÑAN Y OTROS: 2010. op.cit., 67

La eximente del art. 4º solo es aplicable a adolescentes bajo el régimen especial establecido por la LRPA. En consecuencia, una pareja de adolescentes varones, que tienen entre sí, menos de 2 años de diferencia de edad y que practican el acceso carnal, no son procesables mientras ambos sean menores de edad, pero si uno de ellos cumple 18 años y accede carnalmente al que sigue siendo menor de edad, comete el delito del art. 365, en condiciones de plena responsabilidad bajo el Código Penal, que no contempla esa eximente. Ocurre entonces que mientras mayor es la autonomía del sujeto accedido, en razón de su edad, menos razones existen para considerar merecedor o necesitado de pena el comportamiento, desde el punto de vista de la protección del menor de edad, y sin embargo, más graves son las consecuencias penales para el que realiza la acción.

No resulta proporcional eximir de castigo, el acceso carnal respecto de un impúber y no respecto de una persona que supera dicho rango etario, aunque sin alcanzar los 18 años de edad, por la sola circunstancia de la mayoría de edad de quien realiza el acceso carnal. De acuerdo a la sanción por los delitos de los art. 362 y art. 365, y a la justificación del castigo, en protección del menor, el acceso carnal es un atentado más grave, mientras menor sea la edad de la víctima. La aplicación del art. 365 conlleva que el castigo del autor se incremente con el aumento de la edad de la víctima.

Un sector mayoritario de la doctrina en armonía con el derecho comparado, sostiene que la entrada en vigencia del art 4º la LRPA produjo la inconstitucionalidad del art. 365 del Código Penal debido a la arbitrariedad con que el legislador penal trata el castigo del autor del acceso carnal a un menor de edad²³⁸, por infracción del art. 19 N° 2 inciso 2º de la Constitución Política del Estado,²³⁹ afectando al principio de igualdad consagrado en dicho precepto. Por esta misma razón el Tribunal Constitucional de Austria, según lo vimos, declaró inconstitucional el tipo penal correspondiente del Código Penal Austriaco invalidándolo.²⁴⁰

²³⁸ BASCUÑAN y OTROS. 2010.op.cit.,88.

²³⁹ DECRETO N° 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005.

²⁴⁰ BASCUÑAN Y OTROS.2010 Op.cit., p.p.68-69

4.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE SODOMÍA ENTRE MENORES DE EDAD.

4.1. La discusión doctrinaria sobre el bien jurídico protegido en el delito de sodomía a partir de la Ley N° 19.617

Mediante la Ley N° 19.617, se modificó la sistemática de los delitos sexuales tipificados en los párrafos 5° y 6° del Título VII del Libro II tratados bajo el epígrafe de “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública”. El objetivo se dirigía a introducir un cambio conceptual respecto del bien jurídico protegido en estos delitos, de “honestidad sexual”, por el de la “autodeterminación sexual. Sin embargo, durante la tramitación del proyecto que da origen a esta ley, se propuso el reemplazo del epígrafe, sustituyendo en el las menciones “ contra la moralidad pública” por las menciones “ contra la libertad sexual”,²⁴¹ siendo esta proposición rechazada.

El fundamento del legislador para rechazar la proposición, fue que existía consenso en que la finalidad de casi todos los delitos sexuales, es proteger el libre desarrollo de la sexualidad de las personas, que se trata de conductas que atentan contra la autodeterminación sexual o contra la libertad sexual como la indemedidad sexual, que son las dos distinciones que deben hacerse según si el menores púber o impúber, pero no resultaría convenientes la inclusión de una nueva mención en el epígrafe.²⁴²

Pocos años después, sin embargo, se introdujo un cambio en el referido epígrafe, incluyendo el concepto de integridad sexual. En efecto, el artículo 1° N°4 de La Ley N°19.927 de 14 de Enero de 2004,²⁴³ reemplazó el título del epígrafe del título VII del Libro II del Código Penal, por el de “crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”.

La mayor parte de lo que la doctrina nacional ha debatido sobre los delitos sexuales en las últimas décadas, ha sido desarrollado en el contexto de una visión crítica, en

²⁴¹ Historia de la Ley N°19.617. Boletín N° 1048-07. 2° Informe de Comisión de Constitución .26 de Agosto de 1997, sesión 26. Legislatura 335.

²⁴² En el caso de los delitos de aborto y de abandono de niños o de personas desvalidas, no es una conclusión compartida por la doctrina que sea el orden de la familia el bien jurídico protegido, el cual, dentro de la lógica sistemática del siglo pasado, comprendía también la inducción al abandono del hogar

²⁴³ Ley N°19.927. Artículo 1° N°4. Diario Oficial de La República de Chile, Santiago, Chile, 14 de Enero de 2004.

general, a partir de las múltiples reformas que desde fines del siglo XX se vienen realizando a los delitos sexuales en Chile, como las críticas y propuestas formuladas por Bascuñán²⁴⁴, Díaz²⁴⁵, y Guzmán,²⁴⁶ entre otros. En particular, se ha cuestionado el carácter moralizante de las reformas, que aun subyace en esta clase de delitos, bajo una apariencia modernizadora y reformista.

La discusión parlamentaria antes referida, fue replicada también a nivel doctrinario pudiendo distinguirse dos clases de propuestas respecto del objeto de protección en los delitos sexuales a partir de la reforma de la Ley N°19.617, según dos enfoques diferentes: el monista y el dualista. El enfoque monista, plantea que los delitos sexuales giran en torno a la lesión de un solo bien jurídico protegido, que para algunos sería el la libertad o autonomía sexual, para otros el de la Indemnidad sexual, o bien el de la honestidad sexual. El enfoque dualista por su parte, sostiene que el objeto de protección sería dual, que en algunos delitos, el bien jurídico protegido sería la libertad sexual, y en otros en cambio la indemnidad sexual.²⁴⁷

El criterio para establecer la diferenciación entre una y otra categoría de delitos, se encuentra determinado por la edad de la víctima, si se trata de un mayor de edad, o de un menor de edad, y dentro de estos a su vez se distingue entre menores púberes e impúberes.²⁴⁸ Según la doctrina mayoritaria, el Código Penal a partir de las reformas de la Ley N° 19.617 de 1999 para los efectos de sistematizar los delitos sexuales, recurre al esquema dualista.

4.1.1. La libertad sexual

La libertad sexual ha sido entendida como una parte o dimensión de la libertad general de acción, pero referida al ámbito sexual, como atributo inherente a la persona. Se la ha definido como “la facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones

²⁴⁴BASCUÑÁN.1997. op.cit., pp. 73-94.

²⁴⁵DÍEZ. op.cit.,p.34 pp.

²⁴⁶GUZMAN Dálbora, José Luis. Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile. *Anuario de Derecho Penal* (1999-2000): 202-244. p.47

²⁴⁷ MAÑALICH R, Juan Pablo. La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Revista Ius et Praxis*, (2). Universidad de Talca- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: 21-70. 2014.p.25

²⁴⁸ Ibid.p.26

que el respeto por la libertad ajena, y al mismo tiempo, como facultad de repeler agresiones sexuales de otro.”²⁴⁹

Se distingue una dimensión positiva de la libertad sexual, en el sentido de libre disposición, de ejercer cualquier comportamiento sexual: en las circunstancias y con la persona que cada cual desee, o bien abstenerse de su ejecución; y otra dimensión negativa, del derecho de no verse involucrada, por otro individuo en un contexto sexual, sin haber otorgado su consentimiento.²⁵⁰

Diez Ripollés²⁵¹ sostiene que la libertad sexual, implica una consideración de la sexualidad como una dimensión especialmente valorada. La presunción que el comportamiento sexual con otra persona es no deseado y que exige aceptación previa, es un condicionamiento “socio cultural” que descarta la presunción contraria, que toda relación sexual es deseada, a menos que se manifieste una oposición. La consideración positiva de la sexualidad, se funda en esta premisa, ya que se vincula a la autorrealización, lo que justifica la prohibición de conductas sexuales no consentidas que impliquen un ejercicio de la sexualidad carente de libertad.²⁵²

Para Mañalich este argumento desconoce que la autorrealización también está afectada en casos de un impedimento coercitivo del contacto sexual²⁵³. La restricción de la protección de la libertad sexual a su sola dimensión negativa, manifiesta que la libertad sexual no es idónea para la determinación del bien jurídico de cuya protección se trata.²⁵⁴

Bascuñán sostiene que la libertad sexual no puede ser el objeto de protección de los delitos sexuales, porque solo protege un aspecto de la libertad general. Si se plantea que la autonomía sexual requiere de una protección intensificada respecto de la libertad en general, entonces resulta difícil explicar la asimetría existente por esa supuesta protección.²⁵⁵

Mañalich, a su vez, se cuestiona sobre si la valoración especial de la libertad sexual,

²⁴⁹ BAJO Fernández, Miguel, DIAZ-MAROTO y Villarejo, Julio. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 3º Edición. Madrid. 1995. p. 199.

²⁵⁰ DIEZ Ripollés. J.L. op.cit.p.p.2,5.

²⁵¹ Ibid. p.3

²⁵² Loc.cit.

²⁵³ MAÑALICH. 2014. op.cit. p. 33.

²⁵⁴ Ibid. p.34

²⁵⁵ BASCUÑAN .2013 pp.405 .

es suficientemente relevante para justificarla como objeto de protección diferenciado.²⁵⁶ Rodríguez Collao, considera que ninguno de los referidos matices valorativos pueden ser explicados por la libertad sexual, ya que no existe diferencia alguna, entre la lesión a la libertad general de acción y la libertad sexual. Aunque se lograra justificar una protección intensificada a la libertad sexual, aun faltaría explicar la razón de la asimetría en su protección.²⁵⁷

Si la libertad sexual es una libertad especial, que incluye incluso actos contra la voluntad aplicables en el ámbito sexual, el objeto de la protección no es la libertad de realización sexual, sino la libertad de abstención sexual. Por lo anterior, la libertad sexual es insuficiente como objeto único, para sistematizar los delitos sexuales. por lo que algunos autores proponen a la indemnidad sexual, como el objeto de protección penal y de los atentados sexuales que afectan a los menores de edad en particular.

De acuerdo al principio de la autonomía individual, se busca proteger la dignidad de la persona, evitando que al sujeto se le considere como un objeto, es decir, el uso de una persona como medio para la satisfacción de fines propios. De acuerdo a este principio, constreñir a una persona a tolerar un contacto no querido implica rebajarla a la calidad de objeto y, por lo tanto, denegar su dignidad personal.

4.1.2. La indemnidad sexual en función del “bienestar sexual”

Para Rodríguez Collao, la libertad sexual, puede ser expresada indistintamente en los conceptos de integridad, incolumidad o indemnidad sexual, ya que todos están referidos al derecho individual a no sufrir daño en el ámbito de la sexualidad. La indemnidad sexual, puede ser comprendida como “el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual, en atención al daño, físico, psíquico o emocional, que tal experiencia puede ocasionar en el común de las personas”. Desde esta perspectiva la indemnidad, es entendida en función del “bienestar sexual”. Tiene especial significación cuando se trata de la protección de menores de edad, pues es en este segmento etario donde “la acción sexual afectaría el desarrollo y evolución de la personalidad, pudiendo producir desequilibrios que limiten su vida o equilibrio psíquico en el futuro.”²⁵⁸

Los delitos sexuales serían una especie de maltrato personal, como medio de daño

²⁵⁶ MAÑALICH, Loc. cit.

²⁵⁷ RODRIGUEZ. op. cit., p.65.

²⁵⁸ Ibid.p.

psíquico. Se protege la capacidad de sexualidad, como presupuesto de la realización sexual. Esto permitiría explicar la asimetría en los delitos sexuales. Impedir a otro un contacto sexual, no afectaría su capacidad permanente de sexualidad de un modo tan intenso, como constreñirlo a un contacto sexual, porque soportar un contacto no deseado sería mucho más dañino que la frustración del contacto deseado²⁵⁹.

Bascuñan plantea que la determinación del daño en virtud del cual se entiende lesionada la indemnidad sexual del sujeto, plantea un problema, en las legislaciones no se ha exigido la constatación del daño o de un resultado traumático para condicionar la pena, por lo que los delitos sexuales serían delitos de peligro abstracto para el bienestar sexual individual. La principal dificultad del concepto de bienestar, es su imposibilidad de responder por qué un contacto sexual no consentido, es un modo idóneo para producir trauma en la víctima.²⁶⁰ Para él, solo es posible, si se restringe el concepto de trauma, a un trastorno de carácter psíquico, lo cual impide una relación causal entre el contacto sexual no deseado y el daño. Esto plantea un grave problema de legitimación penal, ya que una teoría que afirma la idoneidad única de modos específicos de conductas para provocar un resultado dañino, no puede eludir demostrar ese daño.²⁶¹

Rodríguez Collao, asume la necesidad de justificar el daño, recurriendo a las valoraciones ético-culturales. Señala que la indemnidad sexual puede ser lesionada o puesta en riesgo, dependiendo de los efectos que la conducta sexual pueda ocasionar el plano físico, psíquico y emocional. Es claro que la aptitud lesiva del acto con que se lleva a efecto el ataque, está influida en su gravedad por factores ético- culturales.

Si bien reconoce que no hay evidencia científica para comprobar que el acceso carnal sea más dañino que otras formas de contacto sexual, o que la vinculación sexual entre adultos y menores sea lesiva para estos últimos, no obstante, una mayor gravedad en estas conductas se explica por la mayor conmoción que estos actos provocan en la conciencia colectiva, por razones de orden cultural.

Para Bascuñán, la introducción de normas culturales, permitiría explicar la asimetría en la configuración del delito sexual, de modo que sería compatible con la protección de la autonomía sexual, como fundamento del derecho penal sexual, pero solo si se

²⁵⁹ BASCUÑAN.2009.op.cit.,p.220

²⁶⁰ BASCUÑAN.1997.op.cit., p.427

²⁶¹ BASCUÑAN. 2009. Op.cit.,221.

distingue entre reglas constitutivas y regulativas. La objeción liberal de la introducción de normas culturales, se dirige hacia las normas regulativas, es decir, a las prohibiciones culturales de realización de la sexualidad como objeto de protección. Ninguna prohibición cultural del ejercicio de la sexualidad, por más arraigada que se encuentre en la sociedad, sirve por sí sola, como justificación de la coacción estatal.²⁶²

Rodríguez Collao coincide al respecto, al señalar que la única exigencia que puede deducirse de las normas constitutivas, en relación a la regulación de los delitos sexuales, es que las conductas delictivas se orienten a la protección del un interés personal y además que el poder punitivo del Estado no se ejerza, con el único propósito de proteger un interés moral o ideológico.²⁶³

Para Bascuñán, el verdadero argumento moderno se encontraría en el reconocimiento que el derecho individual a la configuración autónoma del plan personal de vida, tiene prioridad sobre el interés colectivo de reforzar la vigencia de la moral social. El rechazo a reforzar prohibiciones culturales no exige desconocer la cultura a la que pertenecen esas prohibiciones. Resulta evidente la necesidad de incorporar las reglas constitutivas de la cultura sexual en la definición legal de comportamiento prohibido, ya sea el realizado por el autor del delito, o el padecido por la víctima. La calificación de un contacto corporal como sexual, es una cuestión definida por las reglas de la cultura sexual. Bascuñán explica, que la asimetría de los delitos sexuales, podría explicarse

²⁶² BASCUÑÁN.1997. p.429

²⁶³ Este planteamiento se conecta desde una perspectiva crítica de la teoría del bien jurídico, como criterio de legitimación del derecho penal. Seher, propone una la legitimación de normas basada en dos principios: el del daño y el de la ofensividad como una ayuda externa a la teoría del bien jurídico, que es lo que constituye la teoría de lesividad social. El principio del daño, base del derecho penal del liberalismo, existe una buena razón para establecer una norma penal cuando ello sirve para evitar daños a terceras personas, no, en cambio, al agente mismo. La razonabilidad de este principio descansa en el daño, que Feinberg entiende a la lesión de intereses, básicos fundamentales para la vida, relacionados con el bienestar. Los intereses son opciones elegidas por la persona, vinculadas por un entramado de intereses individuales, bajo el cual se complementan y refuerzan mutuamente, asegurando con ello las condiciones esenciales de la existencia y posibilitando al mismo tiempo la consecución de fines vitales de orden superior. Según el principio de ofensividad, existe una buena razón para crear una norma penal cuando ésta sirve para evitar ofensas o perturbaciones contra terceras personas no, en cambio, contra el agente mismo. Un daño, menoscaba un aspecto central determinante de los planes de vida de un individuo, que debe ser corregido por la víctima del hecho y que tendrá consecuencias negativas para la consecución de ulteriores intereses. Una ofensa carece de estas consecuencias.

como una norma de cultura.²⁶⁴

La cultura sexual dominante define el contacto sexual como discreto, en el sentido de que se encuentra excluido, requiriendo su admisión, un levantamiento de esa exclusión. En este sentido, el tránsito de la cultura sexual no ha estado dirigido a eliminar o modificar la regla de exclusión, sino a variar la regla según la cual se entiende socialmente reconocido el levantamiento de esa exclusión.²⁶⁵

Lo anterior permitiría explicar casos como los que expone Rodríguez Collao, en el caso de una persona que vive en estado de total e irreversible inconsciencia, en que el fundamento del castigo se desplazaría desde la lesión de la indemnidad sexual, a la de la intangibilidad sexual, entendiéndose por tal, el propósito de evitar que el individuo, o el cuerpo de éste, sea utilizado como simple objeto sexual.²⁶⁶

Para Bascuñán, en estos casos, además del contacto sexual consentido por impúberes, pueden reconducirse como casos de infracción a la regla de exclusión del contacto sexual y como tal, son equivalentes al abuso violento. Sin embargo, que la consideración de la cultura sexual, haga comprensible la anomalía del derecho penal sexual no implica que la haga legítima.²⁶⁷

El Derecho penal moderno satisface el principio liberal, de la prioridad de la libertad, porque reconoce la decisión individual como un modo legítimo de levantamiento de la regla de exclusión del contacto sexual. De esta forma, aunque la regla de exclusión y la reglas de levantamiento de la exclusión, hayan sido reconducidas por el derecho penal sexual a términos morales, como en la época medieval, estas transformaciones son menores, en relación a la continuidad de la definición de contacto sexual como un comportamiento discreto. Por lo tanto, la asimetría entre la protección de la libertad de abstención sexual y la libertad de realización sexual aun no encuentran su justificación.

4.1.3. La indemnidad sexual en función de la autonomía personal.

La indemnidad sexual, para Mañalich, debe ser entendida como “la propiedad situacional exhibida por una persona actualmente no involucrada en contacto sexual alguno con una o más personas”. De esta forma el concepto se ve libre de toda

²⁶⁴ BASCUÑAN. P.1997. p.429

²⁶⁵ Loc.cit

²⁶⁶ MAÑALICH.2014. Loc.cit

²⁶⁷ Loc.cit

connotación como “bienestar sexual”, ya que su menoscabo no puede identificarse con algún daño o trauma que pudiera seguirse del respectivo contacto sexual²⁶⁸. En consecuencia, el interés de autonomía que fundamenta la protección otorgada a través de la prohibición, puede simultáneamente limitar o restringir el alcance de esa misma protección.²⁶⁹

Para Mañalich, la objetualización sostenible en todo atentado sexual se encuentra conectado con la afectación en la víctima como sujeto portador de autonomía, bajo la idea de libertad, como un estado relacional de no-dominación. No estar sometido a una relación de dominación, es la expresión del estatus de toda persona como fin en sí mismo. Este estatus de autonomía no está revestido de significación sexual alguna.²⁷⁰

Mañalich introduce una consideración que permite transformar el sentido en que se invoca el derecho autonomía sexual. Para lo anterior se plantea la pregunta de si la objetualización que es distintiva de toda violación, también sería aplicable a un contacto sexual en el contexto del ejercicio de la prostitución. Los trabajadores sexuales son objetualizados por sus clientes, al ser usados exclusivamente para su gratificación sexual, y a pesar de ello ese contacto sexual no es constitutivo de violación²⁷¹. Esto se explicaría por el hecho que el derecho a la autonomía sexual de los trabajadores sexuales cuando su consentimiento es genuino, sirve para autorizar su abuso.²⁷²

Bascuñán considera que la teoría de la cosificación de la persona que es objeto de abuso sexual, es una elaboración más sofisticada de la teoría del trauma, y esta versión no puede desentenderse de la relación entre cosificación e inocencia, y por ende del reproche cultural medieval. Tiene que dar cuenta de la relevancia de la cosificación sexual frente a otra forma de trato denigratorio de la dignidad de la persona²⁷³. Mañalich descarta ésta crítica, ya que dicha teoría se relaciona con una concepción del atentado sexual como un delito contra el bienestar sexual y él no lo ha abordado de ese modo.²⁷⁴

4.1.4. La Honestidad Sexual

Para Guzmán, la honestidad sexual, es entendida como la facultad individual de

²⁶⁸ IMAÑALICH. 2014. op.cit, p.43.

²⁶⁹ *Ibid.* p.44

²⁷⁰ *Ibid.* p.41

²⁷¹ *Ibid.* p.42

²⁷² *Loc.cit.*

²⁷³ BASCUÑAN 1997.p.430

²⁷⁴ *Loc.cit.*

manifestar el impulso sexual dentro de los parámetros de comportamiento que imponen las valoraciones dominantes. Para él, un reconocimiento de la honestidad como el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales, es la regulación moderna de la corrupción de menores, consistente en la realización de actos que interfieren en el proceso de formación y desarrollo de la sexualidad de una persona, poniendo en peligro la libertad en su ejercicio futuro.²⁷⁵ Tanto para Guzmán, como para Politoff, Matus y Acuña, la honestidad seguiría siendo el objeto de protección en estos delitos.²⁷⁶

Para Guzmán, el delito de sodomía, entendido como un delito de corrupción de menores, además protege la indemnidad sexual. En ningún caso podría ser la libertad sexual el objeto de protección, ya que castiga conductas donde interviene púberes, que en principio están facultados para disponer de su sexualidad, sin consideración a su voluntad.²⁷⁷ Para él, la libertad sexual, aislada de connotaciones axiológicas, no existe.

La honestidad, como bien jurídico protegido, recibe duras críticas en nuestro sistema. Para Garrido, no cuenta como un criterio unificador, adecuado ni justificado para servir como objeto de protección penal, ya que separa conceptualmente, el ejercicio honesto del deshonesto, lo permitido de lo prohibido, disminuyendo con ello, los espacios de libertad que son los que permiten justificar la existencia de estos delitos.²⁷⁸

Para Bascuñán, el sentido de “honestidad”, implica designar al conjunto de normas sociales referentes a la moralidad sexual. La honestidad sexual tiene carácter cultural, será honesto lo que en un momento determinado, aparezca como aceptable, para una parte de la sociedad. Es difícil determinar su sentido, y establecerlo como un estándar objetivo de conducta, ya que no se puede aislar de valoraciones sociales respecto de la conducta sexual que lo determina.²⁷⁹

4.2. Estándares de protección frente atentados sexuales y el bien jurídico protegido en el delito de sodomía.

²⁷⁵ GARRIDO. 2002.

²⁷⁶ GUZMAN. op.cit., p 41.

²⁷⁷ En igual sentido, se pronuncian Politoff, Matus y Acuña, sostienen que sería la honestidad el objeto de protección en los delitos que pueden tener como víctima a un menor púber como ocurre en el delito de sodomía.

²⁷⁸ GARRIDO. 2002. p.262.

²⁷⁹ Loc.cit.

En la postura dualista²⁸⁰ para distinguir entre aquellos delitos que lesionan la libertad o autonomía sexual de la víctima, de aquellos que lesionan la indemnidad o intangibilidad sexual, los criterios de protección penal se vinculan a dos variables: la edad de la víctima y el medio de ataque al bien jurídico.

En el estatuto aplicable a mayores de edad, de cualquier orientación sexual, se reconoce la libertad sexual, en términos de libertad de abstención sexual esto es, el derecho a no ser involucrado en una interacción sexual sin su consentimiento. El sistema penal le otorga protección frente a atentados graves a la libertad, mediante el uso de medios coercitivos como la fuerza o la intimidación.

Cuando se trata de regular los atentados sexuales que tienen como víctimas a menores de edad, en cambio, existen dos estándares distintos y especiales de protección del desarrollo de la autonomía sexual, dependiendo si se trata de un víctima impúber, menor de 14 años o si se trata de una víctima púber, menor de 18 años, pero mayor de 14 años.

El estándar de protección de atentados sexuales aplicable a los impúberes corresponde a un ámbito de protección absoluta, en el sentido que su consentimiento es irrelevante, como causal de exclusión de punibilidad. Por ello se dispone como objeto de protección su indemnidad o intangibilidad sexual. En virtud de este estándar la interacción sexual con un menor impúber es punible, independientemente de los medios comisivos o de la concurrencia de ciertas circunstancias de comisión. El impúber no tiene derecho a un “abstención sexual”, y la ley presume de derecho la ausencia o ineficacia del consentimiento.²⁸¹

Para Bascuñán, conforme al estándar aplicable a víctimas impúberes, se prohíbe absolutamente la realización de acciones sexuales y la interacción de significación sexual con dichos menores, sin sujetar la prohibición a la concurrencia de medios comisivos especificados o circunstancias especiales. El carácter absoluto de la prohibición se expresa en la descripción de la “incolumidad”, “la indemnidad” o la “intangibilidad sexual” del menor. Lo que la ley pretende es proteger a los impúberes de toda acción sexual o interacción de significación sexual.²⁸²

²⁸⁰ MAÑALICH.op.cit.p.25

²⁸¹ BASCUÑAN. 2011.op.cit.p.119

²⁸² Loc. cit. Este estándar se consagra en los Arts. 362, 365 bis N° 3, 366 bis, 366 quáter incisos

Por su parte, el estándar de protección aplicable a los púberes o adolescentes, de 14 a 17 años de edad, implica un ámbito de protección intensificada, pero no absoluta. La intensificación se traduce en la extensión del castigo o formas de abuso más allá de las circunstancias propias del delito de violación: de uso de fuerza, intimidación o abusos previstas en el artículo 361 del Código Penal, incluyendo hipótesis de abuso, menos graves que aquellas.

Conforme a este estándar se protege la autonomía sexual de los adolescentes, mediante la prohibición del uso de ciertos medios o del aprovechamiento de ciertas circunstancias en la interacción sexual con el menor. Se trata de casos de abuso menos grave que los abusos punibles por regla general, que sólo resultan castigados como abuso sexual, cuando recaen en menores de edad.²⁸³

Cuando la libertad de autodeterminación de los adolescentes, pueda verse afectada por circunstancias de madurez, de orden intelectual, sociales o económicas, entonces el legislador les otorga protección, para que no se vean expuestos a comportamientos de terceros, que dañen o afecten su normal desarrollo o proyección personal y de libertad, conforme a cada etapa de crecimiento, para cuyos casos el legislador ha previsto las hipótesis del art. 363 del Código Penal, que sanciona el delito de estupro.

La protección penal intensificada se justifica, por cuanto, se considera que la capacidad de autonomía del menor está en desarrollo y en consecuencia se encuentra en una situación de vulnerabilidad, por lo que el legislador debe protegerlo.

Sin embargo, la exigencia de la concurrencia de alguna circunstancia de abuso, es una condición de protección penal del adolescente, pero no es de carácter absoluta, sino que condicionada. La Ley reconoce relevancia a su consentimiento, para dejar impune el comportamiento sexual.

El legislador no asume como un requisito para el desarrollo de la autonomía sexual, la abstinencia sexual de los adolescentes hasta los 18 años, por el contrario, asume que ese desarrollo puede darse a través de la adquisición de experiencia sexual previa a la plena autonomía. Es mediante la adquisición progresiva de experiencia sexual, que el

primero y segundo, 366 quinquies, del Código Penal.

²⁸³ Loc. cit. Este estándar se consagra en los Arts. 363, 365 bis N° 3, 366 inciso segundo, 366 quáter inciso tercero del Código Penal.

menor puede desarrollar gradualmente su capacidad de autonomía sexual. I previa a la plena autonomía. Es precisamente, mediante la adquisición progresiva de experiencia sexual, que el menor puede desarrollar gradualmente su capacidad de autonomía sexual.

La regulación de los delitos sexuales en Código Penal reconoce en el adolescente un margen de autonomía, en el que su consentimiento tiene el mismo valor que el de los adultos, y excluye la relevancia penal del comportamiento sexual realizado. Así ocurre en el tratamiento de los delitos de violación (art. 361), estupro (art. 363), abusos sexuales simples (arts. 366, 366 bis) y calificados, de introducción de animales u otros objetos (art. 365 bis) e interacción abusiva de significación sexual (art. 366 *quáter*).

Conforme a este esquema, tratándose del delito de sodomía, nos encontramos en este estándar de protección de los adolescentes, ya que el delito involucra la realización de una acción de acceso carnal, con un varón menor de 18 años, pero mayor de 14 años, y realizado sin las modalidades de abuso.²⁸⁴

Si se considera que el delito de estupro ya sanciona el acceso carnal a una persona menor de edad pero mayor de 14 años, que se realiza utilizando ciertos medios especificados o aprovechándose de ciertas circunstancias especiales, es posible concluir que el delito de sodomía de menor de 18 años cubre casos de acceso carnal realizado en una forma no abusiva. La descripción típica del este delito permite entender que su configuración no supone una falta de consentimiento del menor accedido, por el contrario, permite entender que dicho consentimiento existe.

Para Mañalich, si la autonomía personal, puede fundamentar y a su vez restringir la protección dispensada, es posible plantear que la objetualización que es distintiva de la violación, también sería aplicable en el tipo penal de la sodomía.²⁸⁵ En consecuencia, si existe consentimiento, la autonomía sexual del menor púber, serviría para autorizar el comportamiento sexual.

En este contexto, la prohibición del acceso carnal a un varón púber, resulta anómala, se le interpreta como una prohibición absoluta, ello implicaría desconocer toda relevancia al consentimiento del menor. Dado que la prohibición afecta a la vida privada de los

²⁸⁴ Loc cit.

²⁸⁵ Loc. cit

interesados en practicar el acceso carnal homosexual, tanto el que accede al menor, como el menor accedido, es necesario que ella se encuentre justificada por razones legítimas.

Si la ley supone el consentimiento, el acceso carnal a un adolescente de su mismo sexo no debiera tipificarse como delito, ya que el consentimiento genuino del menor y su ejercicio de autonomía sexual, es suficiente para restringir la protección, de manera que esa acción debiera quedar fuera del ámbito punible y dentro del ámbito de autodeterminación del propio menor.²⁸⁶

Según las reglas del propio Código Penal, el acceso carnal descrito en el art. 365 no merecería pena, ya que no se realiza con un menor impúber, ni se lo realiza abusivamente. La ley reconoce al adolescente varón este ámbito de autonomía para realizar toda clase de acciones de significación sexual con personas de género femenino y para realizar casi toda clase de acciones de significación sexual. La ley desconocería radicalmente la autonomía del menor púber, rebajándolo a la condición de impúber, cuando se trata de realizar una acción sexual específica, el coito anal en el rol pasivo.

La diferencia de trato dada al acceso carnal homosexual masculino no sólo es relevante respecto del interés de libertad e igualdad de quien mantiene la relación sexual con el menor de edad, sino también respecto del interés de libertad e igualdad del propio menor de edad. El fin de la protección de la indemnidad sexual del menor, implica considerar a la persona mayor de 14 años como una persona menor de 14 en relación a esa conducta.

La infantilización del menor adolescente es descrita por el Tribunal Constitucional chileno como el hecho de entender al legislador que el consentimiento de un menor de edad es “meramente aparente”, porque no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, no es sostenida por toda la doctrina chilena, tal como lo afirma Bascuñán.²⁸⁷

Para Rodríguez Collao, la indemnidad sexual también es objeto de protección de delitos sexuales que aparentemente la ley concibe como atentados contra valores éticos,²⁸⁸ por cuanto la finalidad de la prohibición no es castigar la inmoralidad intrínseca,

²⁸⁶ Loc. cit

²⁸⁷ Loc.cit.

²⁸⁸ RODRIGUEZ. op. cit., p.131

ya que pese a que exige la voluntad de ambos intervinientes, también exige que uno de ellos sea menor de edad,²⁸⁹ lo cual permite calificarlo como un tipo de corrupción de menores. En cuyo caso, el fin de la protección no es la inmoralidad que suele atribuirse al acceso carnal entre varones, sino que el bienestar o la indemnidad sexual de la víctima, en términos que aunque haya manifestado su consentimiento, se encuentra en situación de ser afectado en su desarrollo psíquico o emocional.²⁹⁰

Para Bascuñán esta consideración del delito como un delito de corrupción, sostenida por Rodríguez Collao, exige constatar que en el caso concreto el menor esté en situación de poder ser afectado psíquica o emocionalmente en un sentido dañino para el normal desarrollo de su sexualidad. La consideración del “desarrollo libre de perturbaciones de la autodeterminación sexual del menor” como bien jurídico protegido, exige concretar la perturbación en un modo abusivo de trato del menor. La protección de las personas menores de edad debe hacerse respetando su autonomía.²⁹¹

Por otra parte, el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su informe de 2 de febrero de 2007 expresa lo siguiente: “Preocupa al Comité que las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de dieciocho años de edad, se sigan penalizando, lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual”.

4.3 Alcances del bien jurídico protegido del delito de sodomía en la Ley N° 20.084.

Durante de la tramitación del proyecto de la LRPA, no se discutió expresamente sobre el bien jurídico tutelado en relación al art. 4º, si este era la libertad sexual y/o la indemnidad sexual, ya que debía ser el mismo bien jurídico de los delitos sexuales del Código Penal.

La libertad, como manifestación de la autodeterminación es un valor intrínseco que subyace en los delitos sexuales. Desde la dictación del Código Penal, se había pensado en conductas realizadas por adultos como autores en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, pero no se había abordado la situación de las relaciones o vínculos, entre adolescentes, cuestión que surgió durante la discusión del proyecto de la LRPA, por lo que ésta introdujo un aspecto no considerado por las modificaciones anteriores.

²⁸⁹ Ibid. p.132.

²⁹⁰ Ibid.p.250.

²⁹¹ BASCUÑAN. 2011.op.cit.p.122.

Las relaciones entre menores de edad en el contexto de la experimentación sexual, y del pololeo, se desarrollan de manera distinta a la que se plantea con una pareja adulta, en que se produce una cierta asimetría, especialmente cuando la pareja adulta ejerce superioridad sobre la pareja menor de edad. Es posible sostener que el concepto de bien jurídico en la LRPA, es la libertad sexual, en términos de ejercicio de autonomía personal progresiva.

Por la especialidad de la LRPA, la regla que se precisa para los delitos sexuales que contiene taxativamente la disposición legal, por prohibición constitucional no crea nuevas hipótesis, ni aplica analógicamente los tipos penales especiales ya existentes en el Código Penal sobre la materia, de hecho, como ya se mencionó anteriormente, el mismo artículo 1º de la LRPA, hace aplicable supletoriamente las normas del código punitivo, en el sentido que ya ha sido expuesto.

Respecto del tratamiento de protección penal de los impúberes en materia delitos sexuales, la regla del art 4º de LRPA, hace excepción al principio de protección absoluta de la indemnidad sexual del Código Penal. Excepción que se aplica en las acciones de significación sexual realizadas por adolescentes con impúberes, respecto de los cuales no exista una diferencia de edad superior a dos años, si la acción sexual, es el acceso carnal. Para estos casos, el Art. 4º de la LRPA declara no procesable penalmente al joven que realiza la acción de significación sexual con el impúber. Esta norma permite dar reconocimiento también a las particulares formas de relacionarse los adolescentes en la actualidad, y la iniciación más temprana de la sexualidad, en todas sus expresiones de sexualidad.

En el caso de los adolescentes, la expresión de su autonomía, puede verse afectada en su ejercicio, por la particular etapa de desarrollo intelectual de la víctima, como por la situación de vulnerabilidad frente a la dependencia socio-económica incluso, respecto de otro menor de edad. En las relaciones de pareja de menores de edad con adultos parece al menos discutible cómo el menor de edad puede ejercer su libertad sexual si depende económicamente de otro que le satisface sus necesidades básicas de subsistencia.

En las relaciones sexuales entre menores la situación es distinta que entre adultos y menores, ya que ambos involucrados, carecen de la plenitud intelectual que la participación de un adulto distorsiona en las relaciones asimétricas, en todo sentido, con

un menor de edad. En las relaciones de pololeo o de contacto sexual entre adolescentes, la libertad sexual adquiere mayor importancia y realidad,²⁹² ya que es la forma que tienen de relacionarse los menores en nuestro contexto histórico cultural.

En la interacción sexual consentida, entre adolescentes no se lesiona el bien jurídico protegido, si este bien jurídico se define en torno a la indemnidad sexual, y no la libertad de autodeterminación sexual del menor púber, dicho bien jurídico solo aparecería afectado cuando la interacción sexual es abusiva y por ende, dañina para éste. Así fue considerado en el caso de de la regulación legal del tipo de abuso sexual de menor de 16 años del Código Penal alemán. Se excluye responsabilidad penal tanto de los adultos jóvenes, como de los adolescentes, ya que el tipo penal lo que quiere sancionar son relaciones abusivas que se dan en desequilibrio de poder entre el autor y la víctima, por lo que no son subsumibles relaciones típicamente adolescentes.²⁹³

Si se considera que el consentimiento puede ser dispensado por los menores púberes, siguiendo las reglas del código penal, entonces el bien jurídico protegido debiera ser la autodeterminación sexual, y el art. 365, carece de necesidad de pena, ya que no afecta el principio de lesividad.

²⁹² RODRÍGUEZ. op. cit., pp. 123-128.

²⁹³ COUSO.2012. op.cit.,p.296

CONCLUSIONES

Dentro de la etapa de desarrollo normal de la sexualidad en niños y adolescentes, la experimentación de comportamientos homo-eróticos entre pares del mismo sexo, permite la exploración y conocimiento de la sexualidad de los menores, además de resultar fundamental en el proceso de búsqueda y consolidación de la propia identidad sexual, cuya construcción debe desarrollarse en un ambiente propicio y no represor, lo cual facilitará durante la adultez y siguientes etapas del desarrollo humano, relaciones interpersonales, maduras y sanas.

El derecho penal sexual moderno, en un Estado democrático y social, obliga al poder punitivo del Estado a castigar comportamientos sexuales, solo en la medida que sea estrictamente necesario para proteger a la sociedad de la puesta en riesgo o lesión del bien jurídico individual de la libertad sexual, como manifestación de la autodeterminación, que es el valor intrínseco, que subyace en los delitos sexuales, con respeto a la dignidad humana y al principio de igualdad.

Tratándose de púberes, conforme al sistema de protección penal dispensada en materia de delitos sexuales, solo es posible prohibir atentados no consentidos, cuando estos sean consecuencia del uso de medios violentos, intimidatorios o abusivos, propios de las modalidades de la violación del art. 361 del Código Penal, o en el caso de comportamientos sexuales consentidos formalmente, pero viciados, propios de las modalidades del delito de estupro, contempladas en el art 343 del Código Penal, por haberse obtenido por medio de conductas abusivas menos graves, ya sea de prevalencia de alguna situación de superioridad, en razón de perturbación mental de menor gravedad, o de una relación de dependencia, de un grave de desamparo, o abusando de la ignorancia o inexperiencia sexual.

El ejercicio de la sodomía libremente consentida entre menores de edad, no afecta el principio de lesividad, por cuanto, es expresión de la autonomía progresiva de los menores púberes, respecto de quienes, el paternalismo jurídico se encuentra limitado, ya que no existe verificación empírica en el ámbito científico, que afirme que el comportamiento homosexual entre púberes, pueda poner en peligro o lesionar el libre desarrollo de la sexualidad de los menores de edad involucrados, por el contrario, dicha expresión sexual, resulta necesaria dentro del proceso de consolidación de la identidad sexual.

El delito de sodomía entre adolescentes, no protege la autonomía sexual ni a los intereses personales de los involucrados, sino lo que tutela es la moral sexual social, ya que solo refuerza una prohibición moral del ejercicio de la sexualidad entre menores de edad. La idea que el comportamiento homosexual entre menores de edad, por su sola realización, pueda poner en riesgo de peligro o causar daño directamente a ellos o a otro, solo se sustenta en una ideología moral.

El carácter del comportamiento homosexual entre menores de edad como conducta desviada, deriva de una valoración cultural de los adultos, más allá del alcance del tabú, y que constituye una expresión de la hegemonía de la cultura dominante heterosexual, y que por ende su prohibición cultural y criminalización, genera daño por sí misma, a través del estigma y el castigo penal.

Las normas penales que no protegen bienes jurídicos, son inconstitucionales, por arbitrarias o por infringir el principio de intervención mínima del Derecho Penal. El delito de sodomía, carece de fundamento político criminal y contraviene disposiciones constitucionales, no solo respecto del principio de lesividad, en cuanto a la necesaria afectación de un bien jurídico, sino también respecto del derecho a la igualdad, en el tratamiento de los delitos sexuales en que se ven involucrados comportamientos homosexuales en relación de los heterosexuales, en razón de orientación sexual. Puesto que si lo que se intenta es proteger el libre desarrollo de la sexualidad del adolescente, el comportamiento homosexual debe ser sancionado igual que el heterosexuales, esto es, solo cuando sea constitutivo de abuso.

Chile se encuentra un paso atrás respecto del Derecho comparado en la modernización del derecho penal sexual. En las legislaciones tomadas como referentes del Código Penal chileno, en esta materia, como España y Bélgica, al no constituir un atentado contra la libertad sexual, la incriminación de estas conductas que fueron derogadas. Por su parte, en aquellos países donde estaba penalizada la sodomía con menores de edad, fue sustituida por una prohibición de abuso de menores que no discrimina por orientación sexual. Por lo anteriormente expuesto, el art. 365 del Código Penal, debe ser derogado, por ser inconstitucional.

Finalmente, la sola fijación de una edad de consentimiento sexual como único fundamento de una prohibición penal, no garantiza la autonomía progresiva de los menores de edad, por lo que sería recomendable, combinarla con una mayor diferencia

de edad entre los sujetos involucrados de 4 o 5 años, y que se considere como una presunción simplemente legal de abuso, que admita la posibilidad de probar que en el caso concreto no existió abuso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMONTE, C. Desarrollo homosexual en el Adolescente (2007). En: Zegers, B., Larraín, M.E., Bustamante, F. *Sobre la homosexualidad*. Santiago: Mediterráneo.2007.
- ALMONTE, C. *Características de la Sexualidad Adolescente. Presentado en grupo de Investigación Homosexualidad Adolescente*. Santiago, 2007 b ALMONTE, C., SEPÚLVEDA, G.
- AVENDAÑO, A. Desarrollo Psicosocial de Adolescentes de 12 A 15 años. *Revista chilena de pediatría*. (56) 4: 263-270. Agosto 1985.
- AMERICAN PSYCHOLOGY ASSOCIATION. (2002). La orientación sexual y la juventud: Los hechos. Una guía para principales, educadores y personal escolar. Disponible en: <http://www.apa.org/pi/lgbc/publications/spanishfacts.html#1d>. Extraído 22/03/2019
- AQUINO, T. 2ed. *La suma teológica*. Cuestión 153. Madrid, Biblioteca de autores cristianos. 1998
- ARANCIBIA, A. *La figura delictiva del artículo 365 del Código Penal*. En: Seminario de Derecho Penal y medicina legal N° 6. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Jurídica de Chile. 1996.
- ARIES, Phillipe. La infancia, *Revista de Educación*.(254):1-8, España.1993.
- BAJO Fernández, Miguel, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. 3º Edición. Madrid. 1995.
- BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. *Problemas básicos de los delitos sexuales*. *Revista de Derecho* (Valdivia), Chile. v. VIII: 73-94 suplemento especial agosto de 1997.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2000a. Delitos contra la autodeterminación sexual: Apuntes de la cátedra de Derecho Penal parte especial. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2000 b. En: Delitos contra la libertad: [Material de estudio curso de Derecho Penal, parte especial]. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2001. Delitos contra autodeterminación sexual: [Material de estudio curso de Derecho Penal, parte especial]. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2007. Delitos contra la autonomía sexual: [Apuntes de la cátedra de Derecho Penal, parte especial]. Santiago, Chile: Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho.
- BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. *El Derecho Penal sexual moderno: ¿Afirma seriamente lo que dice?*. Derecho y sexualidades. Librería ediciones. 2009
- BASCUÑÁN A, COUSO J, COX J, DE LA FUENTE F, FERNANDEZ, F, GUZMAN, J, HERNÁNDEZ H, HORWITZ M, MAÑALICH.J, MEDINA G, OLIVER G, RODRIGUEZ L, ROJAS L, SOTO M. Informe en derecho. La inconstitucionalidad del art.365 del Código Penal. Defensoría Penal Pública. 12 de Octubre de 2010.
- BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, ROL No 1683–2010). *Estudios Públicos* (124). 2011. pp.114-137.
- BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. *La inconsistencia del derecho penal sexual moderno*, en: VV.AA. La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Santiago: Edición de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, pp. 405-433.
- BRUNDAGE, J. A. *La ley, el sexo y la sociedad cristiana de la época medieval*. 2ed. Traducción Mónica Utrilla de Neira. México, Fondo de la Cultura Económica. 2000.
- BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2009. Curso de Derecho Penal. 2a ed. Santiago, Chile, Legal Publishing. t. III.
- BUSTOS Ramírez, Juan. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 4ª edición. Barcelona, PPU, 1994.
- BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. traducción de Patricia Solei- Beltrán. Ediciones Paidós, Barcelona. Segunda edición chilena. Editorial Planeta chilena S.A. 2019.

COUSO, Jaime. La especialidad el derecho penal de adolescentes, fundamentos empíricos y normativos y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.(XXXVIII):267-322, primer semestre 2012.

COUSO, Jaime. *La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho penal*. En: Seminario Latinoamericano de Teoría Política y Constitucional (SELA) (Asunción Paraguay, 2009)ahora en: ALEGRE, Marcelo (editor), *Derecho y sexualidades*. Librería. Buenos Aires, 2010.

COUSO, Jaime. *La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084, en A.A.S. Estudios de Derecho Penal Juvenil*. Santiago, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, 2009.

CONEJERO Sandoval, Jennifer. *Estudio exploratorio: Manifestaciones de la orientación sexual en un grupo de adolescentes en la ciudad de Santiago*. Tesis (Magíster en Psicología).Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales Departamento de Psicología. 2009.

CONEJERO, J Y ALMONTE, C. Desarrollo de la orientación sexual en adolescentes de 16 a 18 años de ambos sexos de Santiago de Chile. Estudio Exploratorio. *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*. 47 (3): 201-208.2009.

COX, Juan Pablo. Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del Derecho Penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (XXVI):145.154. I semestre 2005.

CURY Urzúa, Enrique. *Derecho penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile. 7a. Edición. Santiago de Chile. 2005. □

DIEZ Ripollés, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal*.(1999-2000): 51-81,2000.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo IV. Reimpresión 3ª edición revisada y actualizada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2004.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Reimpresión 3ª edición revisada y actualizada. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2004.

Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión 3a. Edición. Santiago de Chile. 1999.

FAIRCHILD, H.P. *Diccionario de sociología*. Fondo de Cultura Económica. México.1944.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica del poder*, ediciones de la piqueta, Madrid, España.1992.

FUENSALIDA, A. *Concordancias i comentarios del Código Penal Chileno*. Lima, Imprenta comercial, v. III. 1883

GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2005.

GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Delitos contra la vida, delitos contra la integridad física y la salud, delitos contra el honor, delitos contra el orden de la familia, delitos contra la honestidad*. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica. 2002.

GÜEMES-HIDALGO. M, GONZÁLEZ-FIERRO. M;HIDALGO VICARIO, M. Pubertad y adolescencia.*Adolescere. Revista de Formación Continuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia*.V(1):7.Enero/Febrero2017.

GUZMÁN, J. *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*. Anuario de Derecho Penal (1990-2000),pp.201–248.

HERNÁNDEZ, Héctor. El nuevo Derecho Penal de Adolescentes y la necesaria revisión de su teoría del delito. *Revista de Derecho*. XX (2):195-2017, Diciembre 2007.

HUERTA E. *Derecho Penal indiano y su jurisprudencia: Delitos sexuales*. Santiago, Editorial Universitaria. 1962

IÑESTA, E. El Código de 1874. *Revista chilena de historia del derecho* (19):293- 328.2003-2004

JAKOBS, GÜNTHER. Derecho Penal, Parte General, Madrid: Marcial Pons, §§ 2 y 4.

JULIANO, D. *El cuerpo fluido. Una visión desde la Antropología*.pp. 149-160. 2010.

LEVINE, Judith. *No apto para menores. Los peligros de proteger a los niños y adultos contra el sexo* Océano, México, 2006 (*Harmful to Minors. The perils of Protecting children from sex. University of Minnessota Press, Minneapolis, 2002*).

LUHMANN, N. *El amor como pasión*. Barcelona, Ediciones Península. 2008

LUZON Peña, Manuel. *Curso de Derecho Penal: Parte general. I*. Editorial Universitas S.A. Madrid, 1996.

MACIONIS, J. J., PLUMIER, K. *Sociología*. Pearson Prentice Hall. Madrid. 2010.

MAÑALICH, J. P. *Ontología sexual y Derecho Penal*. En: EN REVERSA. Primeras jornadas estudiantiles de Teoría de Género. Universidad de Chile. Santiago, Editorial Párrafo. 2011.

MAÑALICH, J. P. *La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas*. Borrador de próxima publicación en *Ius et Praxis*. 2014 .

MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Tomo I. 3ª Edición*. Santiago, Thomson Reuters, 2014.

MIR Puig, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 4ª edición. Barcelona, PPU, 1996.

MONGE, Ana. *El papel de las figuras parentales en la atención de la salud, el desarrollo y la sexualidad en la adolescencia*. Tesis para optar el grado de licenciatura en psicología. Universidad de Costa Rica. 1991.

MONROY Mejías, Juan Esteban. *Naturaleza jurídico penal de la regla de exclusión de punibilidad del artículo 4 de la ley 20.084*. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en derecho penal,. Santiago, Chile. Facultad de Derecho. Escuela de Post Grado. Universidad de Chile. Agosto de 2014.

MUÑOZ Conde, Francisco y GARCÍA Arán, Mercedes. *Derecho Penal: parte general*. 5ª edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

NOVOA, E. *El concepto de abusos deshonestos*. Revista de Ciencias penales 8 (1): 291-297. 1946. □

NOVOA, E. Sodomía y abusos deshonestos. *Revista de Ciencias Penales* 10 (1): 68-73. 1948.

PACHECO, J. F. *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, Imprenta de Santiago Saunaque, t. III. □ 1849.

POLITOFF Lifschitz, Sergio: *Derecho penal*. Tomo I. Editorial Conosur Lexis Nexis. 2a. Edición Actualizada. Santiago de Chile. 2000. □

POLITOFF Lifschitz, Sergio. *Texto y comentario del código penal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1a. Edición. Santiago de Chile. 2003.

POLITOFF, Lifschitz, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia: *Lecciones de derecho penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile. 1a. Edición. Santiago de Chile. 2004. □

POLITOFF, S., MATUS, J. P. y RAMÍREZ, M. *Lecciones de Derecho Penal Chileno parte especial*. 2a ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 2005

RODRÍGUEZ Collao, Luis. *Delitos Sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley No 19.617 de 1999*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000.

RODRIGUEZ Collao, Luis. *Delitos sexuales*. Reimpresión de 2a ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2016

RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, SOBRE LA REGULACION DE LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL,

RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. POLITICA CRIMINAL, No1, A 1, Santiago de Chile, Junio 30 del año 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas S.A. Reimpresión. Madrid, 1999. □

RIVACOBBA, M. 1874. Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la comisión redactora del Código Penal Chileno. Valparaíso, EDEVAL. □

SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*, en: Hefendehl, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 69-82 □

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

TORALES J, CAMACHO C, VILLALBA J. Lo normal y lo patológico: sexualidad humana. En: Torales J, Camacho C, editores. Apuntes de Socioantropología. 1ª ed. Asunción: EFACIM; 2016. p. 198-228.

VALENZUELA, C. *Fenotipos sexuales psicosociales. Una proposición y su ontogenia. Revista Médica de Chile. 1993*

WITTING, Monique. El pensamiento heterosexual. Traducción Javier Sáez y Paco Vidiarte. Madrid, Editorial Egales.2006

ENCICLOPEDIA DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. <[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=menor de edad](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=menor+de+edad)> [consulta: 02 Marzo 2019].

MINISTERIO DE SALUD DE CHILE (MINSAL) (s/a). Cooperación Técnica Organización Mundial de la Salud / Organización Panamericana de la Salud. <http://www.minsal.cl/ici/ocai/proyops.htm> [Extraído 18/01/19] □

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en los autos RUC 0800242317 – 1, RIT 1287 – 2008 sustanciados ante el Juzgado de Garantía de Cañete. [en línea] <[http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ descargar_expediente.php?id=5777](http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ descargan_expediente.php?id=5777)> [consulta: 05 de Abril de 2019]

INJUV. Instituto Nacional de la Juventud. (2005). 2º Informe Nacional de Juventud. www.injuv.cl [Extraído: 15/01/2019.]

(OMS) Organización Mundial de la Salud. Ginebra. 2016. citado 22 de Junio 2016. Desarrollo en la adolescencia. < https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/ > [consulta: 02 de Marzo de 2019].

(OMS) Organización Mundial de la Salud < https://www.who.int/topics/sexual_health/es/ > [consultado: 20 de Enero 2019]

(OPS) Organización Panamericana de la Salud. (2006). *Campañas contra la homofobia en Argentina, Brasil, Colombia y México*. Washington, D. C. □

(OPS) Organización Panamericana de la Salud. (2005). IMAN Servicios: Normas de atención de salud sexual y reproductiva de adolescentes: www.paho.org

SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, de 05 de julio de 2004, Rol No 9686-2003.

SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA POR EL EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL el 04 de enero de 2010 en el proceso Rol 1683-10-INA, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en los autos RUC 0800242317 – 1, RIT 1287 – 2008 sustanciados ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

CÓDIGO Penal de Chile. 1873-1874. Actas de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno; Proyecto del Código Penal Chileno. Santiago, Imprenta de la República.

HISTORIA DE LA LEY N° 19.617. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

HISTORIA DE LA LEY N° 19.927. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

HISTORIA DE LA LEY N° 20.084. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Mensaje 68-347, de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley.

DECRETO SUPREMO N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, de 27 de Septiembre de 1990. Publica la CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de de Noviembre de 1989, suscrita por Chile el 26 de Enero 1990.

LEY N°17.727. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 de Septiembre de 1972.

D.L. N°2967. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 11 de Diciembre de 1979.

LEY N° 19.221. Establece Mayoría de Edad a los 18 años y Modifica Los Cuerpos Legales que indica. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 01 de Junio de 1993.

LEY N°19.335. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de Septiembre de 1994.

LEY N° 19.617. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos

legales en materias relativas al delito de violación. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de julio de 1999.

LEY N° 19.927. Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 14 de enero de 2004.

LEY N° 20.084. Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005.

DECRETO N° 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005.

CÓDIGO PENAL. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de Noviembre de 1874.

CODIGO CIVIL. DFL N°1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000.