



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



## **Tesina: Carrera de Derecho**

**¿Existen razones político-criminales para  
descriminalizar el delito de incesto?**

Autor: **Felipe Marchant Contreras.**  
Profesor guía: **Dr. José Luis Guzmán Dalbora.**  
Fecha de entrega: **18 de octubre de 2010.**

## **ÍNDICE.**

<b>Resumen.</b>	3
<b>Palabras clave:</b>	3
<b>INTRODUCCIÓN.</b>	4
<b>I. CAPITULO PRIMERO: INSERCIÓN SISTEMÁTICA, ESTRUCTURA TÍPICA, OBJETO JURÍDICO Y OTROS ASPECTOS DEL DELITO DE INCESTO.</b>	6
<b>1. Origen y naturaleza de la prohibición del incesto.</b>	6
<b>2. Definición.</b>	9
<b>REGULACIÓN JURÍDICA.</b>	10
<b>1. Situación normativa del incesto en Chile.</b>	10
<b>2. Situación del incesto en el Derecho extranjero.</b>	11
<b>ESTRUCTURA TÍPICA.</b>	16
<b>1. Conducta.</b>	16
<b>2. Consumación del delito. Apreciación crítica.</b>	17
<b>3. Sujetos.</b>	18
<b>4. Referencia a los delitos sin víctima.</b>	19
<b>5. Vínculo de parentesco.</b>	23
<b>6. Consentimiento.</b>	23
<b>7. Faz subjetiva del tipo.</b>	25
<b>Bien jurídico.</b>	25
<b>Libertad de amar e incesto.</b>	29
<b>II. CAPITULO SEGUNDO: HACIA LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO INCESTO.</b>	30
<b>1. La Política criminal.</b>	30
<b>2. Los procesos de descriminalización.</b>	33

<b>Razones que en particular justifican la descriminalización del delito de incesto.</b>	35
<b>1. El incesto y el principio de ofensividad.</b>	36
<b>2. El incesto y el principio de intervención mínima (Derecho penal como ultima ratio).</b>	37
<b>3. El incesto y el principio de dignidad humana.</b>	39
<b>4. El incesto y el principio de exclusión de valores ideológicos.</b>	41
<b>CONCLUSIONES.</b>	43
<b>Bibliografía.</b>	47

**Resumen.**

Este trabajo pretende demostrar que el artículo 375 de nuestro Código penal –que típica el delito de incesto–, es incompatible con los principios de política-criminal vigentes y que han de gobernar en un Estado de Derecho. Se argumentará, en ese sentido, que el delito en palabra constituye un tipo penal anacrónico, carente de toda justificación en nuestros tiempos y que, en consecuencia, no queda más que abogar por su inconstitucionalidad y posterior descriminalización.

**Palabras clave:**

Incesto, política criminal, delitos sin víctima, descriminalización, orden de las familias.

## INTRODUCCIÓN.

El actual sistema penal chileno, que se desarrolla y pretende alcanzar sus finalidades en el seno de un Estado de Derecho, exige para su legitimación –a lo menos, provisional– el cumplimiento de ciertos principios y estándares mínimos, que buscan no sólo encauzar el Derecho punitivo hacia el mejor de los caminos, sino también, resguardar sobre todo, la dignidad y los derechos inherentes a todo ser humano.

En ese orden, la fundamentación del ejercicio de la potestad penal adquiere aún mayor relevancia en la esfera de los delitos que, directa o indirectamente, se vinculan al aspecto sexual, donde, la mayoría de las veces, el poder punitivo invade profundamente la intimidad del individuo, como sucede, por ejemplo, en el delito de incesto, aunque éste no constituya, en estricto rigor, un ilícito sexual en sí mismo<sup>1</sup>.

Es así como el delito en palabra importaría, en mi concepto, una evidente vulneración de los criterios que orientan la disciplina en un Estado de Derecho, y a la vez, una radical forma de transgresión a la autonomía decisional del individuo, por cuanto el fundamento de este delito pareciera no ser otro que la imposición arbitraria de cánones morales imperantes en nuestra sociedad. No habría, en consecuencia, ningún interés individual (y ni siquiera colectivo) que sea digno de tutela penal.

No puede desconocerse, sin embargo, que la relación sexual libremente consentida entre adultos unidos por vínculos de parentesco, es reprobable desde el punto de vista moral. Pero el asunto que aquí interesa, como explica Politoff Lifschitz, es si el Estado debe inmiscuirse, a través de la violencia de su represión penal, en todos los asuntos que puedan repugnar la conciencia pública y moral de las personas (1997: p. 49).

Recordemos, con todo, que el Derecho penal es una construcción humana y que, como tal, no permanece estática, sino que varía para progresar. Es en pro de esta evolución,

---

<sup>1</sup>Sobre el particular, invito al lector a revisar las páginas prologales trazadas por Rivacoba y Rivacoba a una de las obras de Rodríguez Collao, denominada “Delitos sexuales”. En dichas carillas, aquél se ocupa de explicar en general, y de forma sucinta, la impropiedad de utilizar, precisamente, la rúbrica recién mencionada –“Delitos sexuales”. Ver: Rodríguez Collao, Luis (2004): *Delitos Sexuales*, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 9-13.

entonces, que se circunscribe el presente trabajo, como una forma de erradicar ahora y para siempre la fundamentación moral de la reacción punitiva, como, asimismo, la instrumentalización del individuo para lograr la obtención de un interés estrictamente social.

En las páginas que siguen expondré las razones por las cuales, a mi juicio, debe descriminalizarse el delito de incesto, estructurándose el trabajo para esos fines, del modo que sigue. En el primer capítulo, comenzaré abordando algunos aspectos generales, particularmente los relativos al origen y naturaleza del incesto, materia que, no obstante ser ajena a nuestra disciplina, es de gran utilidad para comprender la existencia y el motivo de la prohibición. Luego, en segundo lugar, haré un análisis crítico y dogmático del delito en comento, principiando por su regulación normativa en nuestro país, para luego dar revista a diversas legislaciones extranjeras. Más adelante, estudiaré la estructura típica del incesto, para, posteriormente, examinar el bien jurídico que se invoca como fundamento de su punición. Finalizaré este capítulo, haciendo referencia a un caso de incesto que se promovió hace pocos años en Alemania.

En el segundo capítulo, previo a exponer las razones que en particular justifican la descriminalización del delito en referencia, desarrollaré algunas nociones acerca de la política criminal y de los procesos de descriminalización, examen que permitirá comprender de mejor manera el cometido de este trabajo. En las páginas siguientes, procuraré mediante argumentos fácticos y consideraciones político-criminales, convencer al lector de la pertinencia del planteamiento que sostengo a lo largo del texto. Por último, y como consecuencia de lo antes expresado, concluiré que la mejor opción político-criminal en estas materias, es optar por la descriminalización del delito de incesto.

# **I. CAPITULO PRIMERO: INSERCIÓN SISTEMÁTICA, ESTRUCTURA TÍPICA, OBJETO JURÍDICO Y OTROS ASPECTOS DEL DELITO DE INCESTO.**

## **1. Origen y naturaleza de la prohibición del incesto.**

El problema del origen y la naturaleza de la prohibición del incesto ha sido discutido y extensamente analizado, particularmente desde la óptica de dos disciplinas: la Antropología y el Psicoanálisis. Desde luego, las soluciones a que se ha arribado no han sido unánimes, sino que, por el contrario, muchas de ellas han resultado claramente contradictorias. Lo cierto es que se trata de un tema complejo y excesivamente técnico, cuyo contenido no es posible abarcar aquí completamente. A pesar de ello, haré mención a los planteamientos que, a mi juicio, son los principales y más aceptados en la materia, en los cuales, Claude Lévi-Strauss, desde el campo de la Antropología, y Sigmund Freud, desde la perspectiva del Psicoanálisis, cumplen, hasta el día de hoy, un rol preponderante.

Comencemos señalando que, para la mayoría de los autores, la prohibición del incesto se ubica en el paso de la naturaleza a la cultura; es un híbrido hecho de naturaleza y cultura. En ese sentido, Lévi-Strauss, respondiendo a la pregunta ¿dónde termina ésta y dónde comienza aquélla?, señala que la ausencia de reglas (normas) parece aportar el criterio más seguro para establecer la distinción entre un proceso natural y uno cultural; y en consecuencia, en todas las partes donde se presente la regla sabremos con certeza que estamos en el estadio de la cultura. Simétricamente –continúa–, es fácil reconocer en lo universal el criterio de la naturaleza, pues lo constante en todos los hombres escapa necesariamente al dominio de las costumbres, de las técnicas y de las instituciones por las que sus grupos se distinguen y oponen. Por consiguiente, la norma y la universalidad, son los rasgos que permiten diferenciar entre uno y otro estado. La prohibición del incesto presenta, sin el menor equívoco y reunidos de modo indisoluble los dos caracteres en los que se reconocen los atributos contradictorios de dos órdenes excluyentes: constituye una regla, pero la única regla social que posee, a la vez, un carácter de universalidad (1969: p. 41-42). Por mi parte, considero que la referida universalidad, desde el punto de vista histórico, no es correcta del todo. Bastaría recordar la costumbre mantenida a través de muchos siglos por los faraones egipcios de contraer matrimonio con sus hermanas. Otro tanto sucedía en la familia imperial de los Incas. Y todavía se pueden encontrar ejemplos

bíblicos de admisión del incesto, porque para quienes acepten el origen humano como una sucesión de generaciones formada por la primera pareja humana, habrá de resultar indudable que la tercera generación representada por los nietos de Adán y Eva, fue procreada por el acceso carnal entre hermanos y hermanas. Aún más, algunos autores señalan en la Biblia otros antecedentes de posible incesto, pues si en el arca de Noé únicamente entraron con éste sus tres hijos con sus respectivas mujeres, queda fuera de duda que la procreación sucesiva tuvo que originarse, por lo menos, en la relación entre primos –aunque si efectivamente sólo esto hubiere ocurrido, no se configuraría en nuestro Derecho el ilícito en comento– (Osorio y Florit, 1968: p. 367). Se apunta también, que según este Cuerpo religioso, después que su mujer quedara convertida en estatua de sal por desobedecer a Dios al contemplar la destrucción de Sodoma, Lot cometió incesto con sus dos hijas (Castaño, 2004: p. 3). Haciéndose cargo de esta crítica, el autor señala que las excepciones antes expresadas no son admisibles en su planteamiento, puesto que toda sociedad exceptúa la prohibición del incesto si se le considera desde el punto de vista de otra sociedad cuya regla es más estricta que la suya (Lévi-Strauss, 1969: p. 42).

Por otro lado, y especificando aún más el origen de la prohibición, Lévi-Strauss da cuenta de múltiples respuestas que se han sostenido a lo largo del tiempo, las cuales pueden sistematizarse del modo que sigue: algunos consideran que el origen de la prohibición del incesto es natural y social al mismo tiempo, pero en el sentido de ser el resultado de una reflexión social sobre un fenómeno natural; la prohibición sería una medida de protección destinada a resguardar a la especie de resultados nefastos de matrimonios consanguíneos (1969: p. 46). Otros estiman que la prohibición del incesto no es más que la proyección o el reflejo, sobre el plano social, de sentimientos o tendencias para cuya explicación sólo es necesario considerar la naturaleza del hombre. Esta posición presenta variantes; algunos hacen derivar el horror al incesto, postulado en el origen de la prohibición, de la naturaleza fisiológica del hombre; otros, más bien de sus tendencias psíquicas. Para un tercero grupo, la prohibición del incesto es una regla de origen puramente social, cuya expresión en términos biológicos es un rasgo accidental y secundario (1969: p. 52). Finalmente, el autor sintetiza su opinión aduciendo que “la prohibición del incesto es el proceso por el cual la naturaleza se supera a sí misma; enciende la chispa bajo cuya acción una estructura nueva y más compleja se forma y se superpone –integrándolas– a las estructuras más simples de la

vida psíquica, así como estas últimas se superponen –integrándolas– a las estructuras más simples de la vida animal. Opera, y por sí misma constituye el advenimiento de un nuevo orden” (1969: p. 59).

Freud, por su parte, indica que una de las prohibiciones tabús más antigua es el horror al incesto. Éste debió de ser, por tanto, uno de los placeres más antiguos e intensos del hombre, por lo que la prohibición del incesto sería un legado propio de la naturaleza humana. Explica que los pueblos originarios en los que se encuentra este tipo de prohibiciones –los tabús en general–, han adoptado una actitud ambivalente, ya que en su inconsciente, no desean nada mejor que su violación, pero, al mismo tiempo, sienten temor a ella. Le temen, precisamente, porque la desean, y el temor es más fuerte que el deseo (1943: p. 50). Aún más específico, Freud caracteriza la prohibición del incesto como “la enfermedad del tabú”, siendo los sujetos que la padecen verdaderos neuróticos obsesivos. El autor explica, en ese sentido, que estas prohibiciones obsesivas carecen de motivación y existe un enigma respecto de sus orígenes. Surgieron repentinamente un día, y desde entonces los neuróticos se ven obligados a observarlas bajo la coerción de una irreprimible angustia (1943: p. 44). Sin embargo, este planteamiento no es más que la punta del iceberg. Freud continúa a lo largo de sus obras explayándose exhaustivamente en defensa de su tesis, citando ejemplos históricos y relatando acontecimientos míticos, como, asimismo, abordando el ya conocido complejo de Edipo. Todo lo anterior mantiene una vinculación estrecha con el tema que nos ocupa en estas líneas, pero, debido a su especialidad, no puede ser abordado con mayor detalle, a lo menos, en este trabajo.

Como se aprecia, este no es una materia de fácil comprensión. Invito, empero, al lector avezado a profundizar sobre este interesante aspecto, imponiéndose de los populares textos de los autores ya mencionados, y de un artículo en particular, en el que se critica ambos pensamientos y se postula una nueva teoría, lo que no deja de ser curioso en atención a la fuerte credulidad que se le concede, en las correspondientes disciplinas, a los autores de que ya tanto he hablado<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver: Aragonés, Raúl Jorge (2010): “Sobre el origen y naturaleza del incesto en la teoría de la evolución”. Disponible en: <http://www.intercanvis.es/pdf/19/19-01.pdf>. Fecha última consulta: 17 de octubre 2010.

Finalmente, y en lo que a mi juicio respecta, pienso que resulta, a lo menos discutible, el aserto de que la prohibición del incesto está determinada por aspectos naturales y culturales, pues, si analizamos la cuestión desde la óptica del positivismo jurídico –que es un punto de vista acerca del fenómeno jurídico que afirma la existencia del Derecho positivo y niega la del Derecho natural– no podríamos sino concluir que se trata más bien de una interdicción emanada del último de los aspectos mencionados, es decir, del estadio cultural. En efecto, para el positivismo jurídico el Derecho “es un fenómeno de la experiencia humana que acompaña, en expresiones más o menos evolucionadas según los casos, a las distintas formas o modalidades de organización social que los hombres han ido adoptando a lo largo de la historia; el Derecho es una producción humana, algo que el hombre hace o produce, y que no está allí instalado y esperándole como acontece con los fenómenos de la naturaleza, y, en tal sentido, se trata por cierto de un producto *cultural*, de una de esas tantas cosas –como el arte y el lenguaje, por ejemplo–, que el hombre ha sido capaz de colocar entre el polvo y las estrellas, según la hermosa imagen de que se vale Radbruch para aludir a los objetos de tipo cultural” (Squella Narducci, 2001: pp. 188-189). Desde esta perspectiva, entonces, bien puede defenderse la idea de que ha sido el acuerdo de los hombres el que, en algún momento de la historia, fijó el ámbito de las conductas prohibidas y permitidas, sin perjuicio de su mutabilidad en el tiempo. La prohibición del incesto, en consecuencia, podría entenderse como un hecho social y no natural.

## **2. Definición.**

El Diccionario de la Real Academia Española, define el incesto como “la relación carnal entre parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio” (2001: p. 885).

Su acepción jurídica no es ajena a dicho concepto; por el contrario, se asemeja substancialmente a él. Es así como la doctrina chilena, aunque con distintos matices,

siempre ha sostenido que el incesto consiste en la cópula normal realizada voluntariamente entre personas que no pueden casarse por razones de parentesco<sup>3</sup>.

Esta definición del delito, como advierte desde ya Rodríguez Collao, “tiene, por lo menos, el mérito de limitar al máximo el ámbito de aplicación de un tipo que simplemente no debería existir” (2004: p. 257).

## **REGULACIÓN JURÍDICA.**

### **1. Situación normativa del incesto en Chile.**

En nuestro país el delito de incesto subsiste actualmente en una solitaria disposición, artículo 375 del Código penal, bajo el título VII, del libro II, denominado “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”.

El aludido precepto reza textualmente: *“El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”*.

Desde una perspectiva histórica, en esta materia nuestra Comisión Redactora se apartó de su modelo español, al haber tipificado de manera autónoma el delito en palabra, no obstante que el vetusto Código de España de 1848 lo calificó, simplemente, como una modalidad del estupro por prevalimiento.

Hecha esta observación, es pertinente recordar que el delito de incesto ha formado parte de nuestro Código penal, desde su versión original de 1874. Sin embargo, el tipo penal actual (artículo 375) es más restringido que su predecesor (artículo 364) dado que suprimió a los parientes por afinidad como sujetos del delito, quedando circunscrito actualmente sólo a los ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos.

---

<sup>3</sup> En ese sentido: Rodríguez Collao (2004: p. 257); Garrido Montt (1998: p. 304); Labatut Gléna (2007: p. 141); Etcheberry Osthussegui (1998: p. 39); Del Río (1935: p. 316).

## **2. Situación del incesto en el Derecho extranjero.**

El tratamiento penal del incesto a través de los tiempos y su proyección, en las distintas legislaciones, no ha sido uniforme.

En efecto, si bien para algunos ordenamientos jurídicos el incesto constituye un delito autónomo, para otros la conducta incestuosa no configura un ilícito en sí misma, ya sea porque sólo actúa como agravante de otros delitos, ya sea porque simplemente no se considera como un atentado digno de tutela penal.

De esta manera, y con afán de sistematizar lo recién expresado, citaré, en uno y otro sentido, los siguientes países que, con sus respectivas disposiciones penales, sirven para ejemplificar este punto:

Actualmente consideran al incesto como un delito en sí mismo, entre otros, los siguientes Estados:

Alemania, que en el párrafo 173 de su Código penal, castiga a quien realice acceso carnal con un descendiente consanguíneo, y a quien practique acceso carnal con un pariente consanguíneo en línea ascendiente; como asimismo, a los hermanos consanguíneos que practiquen el acceso carnal entre sí. Cabe destacar que el inciso final del precepto referido, exime de este delito a los descendientes y hermanos que, al tiempo del hecho, no tuvieran dieciocho años de edad;

Italia, que sanciona en el artículo 564 de su Código punitivo, al que, de modo que se siga escándalo público, cometa incesto con un descendiente o ascendiente, o con un afín en línea recta, o con una hermana o hermano;

México, que en el artículo 272 de su Código criminal, inflige a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, asignándoles a éstos últimos y a los hermanos que cometan incesto, una pena menor;

Uruguay, que castiga en el artículo 276 de su Código penal, a los que, con escándalo público, mantienen relaciones sexuales con los ascendientes legítimos y los padres naturales reconocidos o declarados tales, con los descendientes legítimos y los hijos naturales reconocidos o declarados tales, y con los hermanos legítimos;

Venezuela, que en el artículo 380 de su Código criminal, pune a todo individuo que, en circunstancias capaces de causar escándalo público, tenga relaciones incestuosas con un ascendiente o descendiente, aunque fuere ilegítimo, con algún afín en línea recta o con un hermano o hermana, hermanos, consanguíneo o uterinos;

Cuba, que sanciona en el Art. 304 del Código del ramo al ascendiente que tenga relaciones sexuales con el descendiente, imponiéndole a éste una pena más baja, en forma similar al Código penal mexicano.

Es importante hacer hincapié, en que no todas las legislaciones que prevén al delito de incesto como tal, sancionan a sus autores simplemente por el hecho de mantener “relaciones incestuosas”. Un claro ejemplo está dado por el Derecho italiano, uruguayo y venezolano, que exigen además, para la configuración del delito, que medie escándalo público.

Este criterio, que podríamos llamar “intermedio” (porque supone castigar el incesto sólo cuando esté acompañado de escándalo) es también cuestionable. Basta recordar las palabras de Carrara, para quien la expresión *escándalo* es demasiado vaga. Explica, en ese sentido, que el escándalo es una habladuría que anda de boca en boca por un hecho determinado; es una conmoción del sentido moral de gran número de ciudadanos, suscitada por un acontecimiento. ¿Pero este hecho surge directamente del incesto o se origina en la intervención que en ese acto ha tenido otra persona? Si surgió directamente del incesto, porque la pareja impura motivó espectáculos obscenos, el hecho debe ser castigado –opina Carrara. Considero, compartiendo la ponencia del autor, que en este caso ya no sería necesario tipificar el delito de incesto en el Código penal, pues ya existe el tipo de ultraje a las buenas costumbres (artículo 373), en el que podría subsumirse la conducta señalada. Pero si el escándalo nace de la malignidad de los ociosos y de las comadres –continúa–, que se dieron a la tarea de difundir por todo el vecindario sospechas, debería ser mayormente castigada la maledicencia de éstos, aunque cubran sus difamaciones con el manto de un celo hipócrita, y que no conviene llevar una investigación hasta el interior de una familia para satisfacer la chismografía de un vecindario adverso; el escándalo mayor será el proceso criminal. Entendido en esta forma, el escándalo es un arma suministrada por la ley

a los malévolos, y el ser o no castigado depende de que uno tenga o no tenga un pérfido enemigo en el vecindario (1964: pp. 486-487).

Por otro lado, aludí anteriormente a que en la actualidad existen algunos sistemas jurídicos que no sancionan al incesto en forma autónoma, sino que lo consideran como agravante de otros ilícitos –como pueden ser, por ejemplo, la violación o el estupro.

Responden a esta situación, los siguientes países<sup>4</sup>:

Argentina, que establece la agravante del incesto en el artículo 119 letra b) de su Código penal. Dicha disposición en su inciso primero, reprime con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo en las circunstancias allí señaladas. En el inciso segundo y tercero, la pena se aumenta de cuatro a diez años y de seis a quince años, cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima o cuando mediando las circunstancias del inciso primero, hubiere acceso carnal por cualquier vía, respectivamente. El inciso cuarto letra b) incrementa la pena de ocho a veinte años, cuando el hecho señalado en los dos incisos precedentes, fuere cometido por ascendiente, descendiente afín en línea recta o hermano. Por último, el inciso final señala que en el supuesto del inciso primero, la pena será de tres a diez años, si concurre, entre otras, la circunstancia de la letra b).

Costa Rica, que en el Art. 157 de su Código punitivo, sanciona a título de violación agravada, con prisión de doce a dieciocho años, a quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, cuando el autor sea un ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad;

Ecuador, que en el Art. 515 de de su Código criminal, aumenta en cuatro años la pena asignada al delito de violación, cuando los culpables son los ascendientes de la

---

<sup>4</sup> Conviene desde ya precisar, en todo caso, que el delito de incesto para ser calificado como tal, requiere indefectiblemente del consentimiento de ambos autores en el acto sexual. De allí que las disposiciones que se citan a continuación no constituyan, en estricto rigor, verdaderos ejemplos del ilícito en palabra –ya que en ellas la voluntad de uno de los sujetos se encuentra viciada–, aunque sí son útiles para comprender de mejor manera el panorama existente en otras legislaciones sobre la materia.

persona en quien ha sido cometido el atentado, o sus descendientes, hermanos o afines en línea recta;

Perú, que en el artículo 184 de su Código punitivo, señala que los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y demás sujetos que menciona la norma, cooperaren en la perpetración de los delitos comprendidos entre los capítulos IX (violación de la libertad sexual), X (proxenetismo) y XI (ofensas al pudor público) del Título IV (delitos contra la libertad), actuando de la forma indicada por el artículo 25 primer párrafo (que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado) serán reprimidos con la pena de los autores.

España, que contempla la agravante del incesto en el artículo 180, circunstancia cuarta, de su Código penal. La referida disposición prescribe que las anteriores conductas – que son las agresiones sexuales tipificadas en los artículos 178 y 179– serán castigadas con las penas de prisión de cuatro años a diez años para las agresiones del artículo 178 (cuya pena es de uno a cuatro años) y de doce a quince años para las del artículo 179 (el que asigna la pena de seis a doce años) cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o de parentesco, por ser ascendiente, descendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Ahora bien, en consideración a que el viejo Código penal español –conjuntamente con el belga– fue en *general* el modelo que siguió nuestra Comisión Redactora –aunque no precisamente, como he dicho, en lo concerniente al delito de incesto–, vale la pena un momento detenerse.

La legislación punitiva española, antes de que entrara en vigencia la Ley Orgánica de 23 de Noviembre de 1995 –que aprobó el actual Código penal de España–, castigó siempre el incesto como una modalidad del estupro por prevalimiento, tratamiento del delito que, desde antiguo, no estuvo exento de críticas ni desprovisto de voces que clamaran permanentemente por su supresión.

Hace más de cien años Pacheco ya sugería que la idea religiosa de ser el incesto un gran pecado, le había convertido también en un gran delito. El hecho de que la religión condene tales acciones, que las reprima con divino poder el confesionario, era, a su parecer, lo más justo y natural. Sin embargo –agregaba con sutileza–, la ley debe prescindir de tales

castigos, pues no debe causar por su acción escándalos mayores que los que pretende corregir (1881: p. 437).

Por otro lado, en los años noventa el Grupo socialista español intentó obtener la eliminación del llamado estupro-incesto, cuyos motivos fueron entre otros: “que se ha demostrado científicamente que las relaciones entre consanguíneos no producen degeneración de la especie, por lo que si el bien jurídico protegido era el carácter sano de la prole y no existiendo esa posibilidad de taras biológicas para la especie, se podría despenalizar el tipo...” (Rodríguez Devesa; Serrano Gómez, 1995: p. 191). Abogo a favor de este planteamiento<sup>5</sup>.

Sobre el particular, y por un imperativo de honestidad, me es forzoso invitar al lector a examinar un pasaje de los autores citados, en el que, sucintamente, y a propósito del delito en comento, se ocupan de restar mérito a las argumentaciones dadas en ese entonces a favor de su descriminalización<sup>6</sup>

Finalmente, me parece pertinente destacar la situación de Holanda, a cuyo respecto y con clara objetividad, se ha apuntado lo siguiente: “el Código penal holandés vigente, que data de 1886, sencillamente nunca consideró digna de castigo la relación sexual libremente consentida entre parientes adultos, sean ellos consanguíneos o afines, sin que ello haya disminuido el sentimiento moral de los holandeses ni jamás acarreado una epidemia de incestos” (Politoff Lifschitz, 1997: p. 49).

---

<sup>5</sup> Ver página nº 24 y siguientes.

<sup>6</sup> Véase: Rodríguez Devesa, Serrano Gómez (1995): *Derecho penal español*. Parte especial, XVIII edición, Editorial Dykinson, Madrid, pp. 191 a 194.

## **ESTRUCTURA TÍPICA.**

### **1. Conducta.**

Llama la atención que el artículo 375 del Código penal no haya definido con precisión en qué consiste la conducta incestuosa. Frente a ese vacío, procede entonces determinar su sentido y alcance mediante la vía interpretativa<sup>7</sup>. Es así –y como expresé en un comienzo– que para la mayoría de la doctrina nacional, aquella consiste en la cópula normal realizada voluntariamente entre personas que no pueden casarse por vínculos de parentesco. En consecuencia, no incluye los comportamientos de naturaleza homosexual, ni los actos heterosexuales distintos del acceso por vía vaginal que pudieran llevar a cabo las personas unidas por vínculos de esa naturaleza (Rodríguez Collao, 2004: p. 257). Lo expresado resulta del todo lógico, pues si el fundamento principal que se esgrime para el castigo del incesto es el temor a la posible degeneración de la especie nacida de relaciones incestuosas, se sigue de ello que los únicos actos idóneos para introducir tal descendencia es la cópula normal entre varón y mujer.

### **2. Consumación del delito. Apreciación crítica.**

En cuanto a la consumación del incesto, ésta se produce con la penetración, aunque sea parcial, del pene en la vagina, sin que sea exigible la emisión seminal o algún otro acto o resultado posterior<sup>8</sup>. Sobre este punto, a mi juicio, es menester hacer un alcance. La doctrina contemporánea suele manifestar que no es necesario que haya secreción de semen para que se configure el delito de incesto, como lo indican también respecto de otros delitos, como la violación o el estupro. Sin embargo, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido en estos últimos ilícitos –la libertad e indemnidad sexual y la honestidad, en su

---

<sup>7</sup> Así se desprende del informe de la Comisión Mixta que se constituyó para resolver las divergencias entre ambas cámaras del Congreso Nacional, con ocasión del proyecto de ley que modificó el Código penal, el Código procesal penal, y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación –posterior ley n° 19.617 de 1999– en donde se constata expresamente que dicha Comisión “prefirió mantener la descripción de “cometer incesto”, (ya que) no ha generado problemas de interpretación “(Boletín 1048-07, 1998: p. 45).

<sup>8</sup> En ese sentido: Rodríguez Collao (2004: p. 259); Etcheberry Osthusstegui (1998: p. 40); Garrido Montt (1998: p. 435).

caso<sup>9</sup>– es diverso al que se resguarda en el incesto –el orden de las familias–, bien podría exigirse como requisito para su consumación la emisión seminal, ya que, a mi parecer, la falta de ésta substancia implica necesariamente la ausencia de peligro de embarazo, y en consecuencia, la imposibilidad de engendrar progenie defectuosa. De no estimarse así, se desvirtuaría el aparente fin perseguido por el legislador, y como consecuencia de ello, la exigibilidad de la secreción referida pasaría a constituir otro más de los indicios que vaticinan que tras el delito de incesto, no existe sino una imposición arbitraria de criterios moralizantes.

A lo anterior podríamos agregar que el coito anal realizado voluntariamente entre varón y mujer no aparece captado por el tipo penal en cuestión, en atención a que, como señalé, la conducta incestuosa se circunscribe al acceso carnal de carácter vaginal y heterosexual. Por consiguiente, si consideramos que la cópula realizada por vía anal resulta inidónea para engendrar descendencia, bajo la misma lógica, ¿por qué no exigir la emisión de semen en el coito normal, para estimar consumado el delito de incesto?

Al margen de lo de lo dicho, algunos autores, como Rodríguez Collao, afirman que el incesto corresponde a un delito de mera actividad y, como tal, resulta incompatible con la figura del delito frustrado. Admite, en cambio, la tentativa, por estar construido sobre la base de una conducta esencialmente fragmentable (2004: p. 257).

En cuanto a la incompatibilidad del incesto con la frustración, no hay mayores problemas; la doctrina al respecto está conteste. Lo demás, es sumamente discutible, por las siguientes razones: Primero, porque la expresión “delito de mera actividad” que ocupa el autor citado, supone reconocer la distinción entre delitos formales y materiales (o más bien de predominante actividad y de resultado, respectivamente) que hace ya tiempo ha comenzado a ser abandonada por la doctrina. En ese sentido, Jiménez de Asúa, desde 1931, se pronuncia resueltamente contra la posibilidad de que hubiera delitos sin resultado y por ende contra los delitos formales. Lo que ocurre –explica– es que en los mal llamados “delitos formales” o de “simple actividad” la conducta y el resultado coinciden en el tiempo

---

<sup>9</sup> En ese sentido: Politoff; Matus y Ramírez (2007: pp. 249-250 y 265-266); Rodríguez Collao (2004: pp. 136 y 169); Garrido Montt (1998: pp. 348 y 382).

y se sueldan íntimamente, lo que habrá de considerarse de modo concreto, en cada hecho dado<sup>10</sup> (1951: p. 390). En segundo lugar, debido a que resulta extraordinariamente abstruso, reconocer que el delito de incesto admite tentativa. Politoff Lifschitz, refiriéndose al *iter criminis* del delito de violación, señala que sí es posible la tentativa, pero siempre que en los hechos directos, esto es, aquellos vinculados natural y necesariamente con el acceso carnal, exista una univocidad objetiva y peligro inminente de penetración sexual, según la apreciación de un tercero imparcial situado *ex ante*, con arreglo a la experiencia común (2007: pp. 260-261). Hacer extensivo este argumento al delito de incesto, me parece absolutamente impertinente. Si aceptáramos la tentativa en el incesto, que en otras palabras equivale a castigar a los sujetos antes de principiar en el acceso carnal, el bien jurídico de este delito perdería por completo su sentido, ya que, si no hay penetración, mal podría nacer, como consecuencia de la nada, progenie defectuosa. Como se advierte, la “apreciación crítica” esgrimida con ocasión del momento consumativo del incesto, adquiere aquí aún más fuerza.

### 3. Sujetos.

El delito de incesto precisa la intervención de dos personas de distinto sexo, ambos relacionados en la forma definida por la ley penal, quienes no se encuentran en una relación de autor y víctima, sino que ambos sujetos son autores.

En ese sentido, la situación normal de los sujetos involucrados en la relación incestuosa, encajará perfectamente en supuesto del artículo 15 n° 1, primera parte, del Código penal, que considera autores a los que toman parte en la ejecución de un hecho, sea de una manera inmediata o directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

No obstante lo anterior, Rodríguez Collao afirma que es perfectamente imaginable que la pena recaiga en uno solo de los sujetos, si el otro resulta beneficiado con alguna eximente (por ejemplo, una causal de inimputabilidad) o con alguna causa de extinción de

---

<sup>10</sup> Sobre la discusión doctrinaria que envuelve la clasificación de los delitos según su resultado ver: Jiménez de Asúa, Luis (1951): *Tratado de Derecho penal*, tomo III, el delito (primera parte), Editorial Losada S. A., Buenos Aires, pp. 384-391.

responsabilidad penal (por ejemplo, la acción ya estaba prescrita a su respecto, al momento de iniciarse el procedimiento) (2004: p. 260).

Esta aseveración es discutible, a lo menos, en lo que se refiere a los ejemplos dados por el autor. En efecto, si uno de los sujetos resultara beneficiado con alguna causal de inimputabilidad, en la especie no se configure el delito de incesto, sino que el de violación o estupro, dependiendo de las circunstancias concretas que rodeen el hecho. Asimismo, es difícil concebir que la acción penal se encuentra prescrita sólo respecto de uno de los autores, considerando que, de acuerdo al artículo 95 del Código penal, el tiempo de la prescripción comienza a correr –en este caso, para ambos sujetos– desde el día en que se hubiere cometido el delito. De esta manera, la acción penal estará o no prescrita para los dos hechos, sin perjuicio de que, excepcionalmente, pueda operar alguna institución jurídica que beneficie en particular a uno de ellos, por ejemplo, la interrupción de la prescripción.

#### **4. Referencia a los delitos sin víctima.**

Señalé recientemente que los sujetos que intervienen en la conducta punible son ambos autores, y por consiguiente cabría afirmar con toda seguridad, aunque resulte apresurado, que en el delito de incesto no hay víctima alguna.

Zanjaré primero, sin embargo, algunos aspectos. Sabemos que el sujeto pasivo del delito es el titular de un bien jurídicamente protegido y que la víctima, por su parte, corresponde a la persona sobre la cual recae la acción delictiva.

Dicho lo anterior, puede apreciarse con toda nitidez que en el delito de incesto si bien, por un lado, existe un sujeto pasivo y dos sujetos activos, que son la familia y las personas unidas por el vínculo de parentesco a que se refiere la ley y que consienten en el acto sexual, respectivamente, no hay, por otro, víctima alguna, pues en ningún sujeto ha recaído la acción delictiva, sino por el contrario, ambos la han ejecutado conjuntamente, en forma voluntaria.

En ese orden de ideas, Raúl Cervini, siguiendo a Hugo Bedau, da cuenta de las siguientes características que han de reunir determinados hechos penados por la ley criminal, para que puedan ser estimados como delitos sin víctima. Estas características son:

a) la participación consensual en el hecho; b) la ausencia de participantes pidiendo protección de las leyes penales; c) la ausencia de sentimiento de daño por parte de la víctima; d) La actitud voluntaria de hacerse dar bienes o servicios socialmente desaprobados pero ampliamente requeridos (1993: p. 158).

Pasaré ahora a analizar someramente estas notas que aparecen como rasgos propios de los delitos sin víctima, ligando ello a la realidad en que, a mi juicio, se circunscribe el delito que nos ocupa:

a) La participación consensual en el hecho. Esta característica resalta con toda su fuerza en el delito de incesto, ya que, al tratarse de un delito plurisubjetivo, de convergencia de voluntades y de participación necesaria, el consentimiento de los hechores en la acción sexual pasa a ser, desde luego, un elemento necesario e imprescindible para que se configure el ilícito en cuestión. Aclararemos también desde ya, que si la voluntad de ambos autores, o al menos, de uno de ellos, resulta viciada, se configurará, en su caso, el delito de violación o estupro, y no el delito de incesto<sup>11</sup>.

b) La ausencia de participantes pidiendo protección de las leyes penales. Hay actualmente un proyecto de ley en tramitación, de fecha 16 de enero de 2008, que da cuenta de esta realidad. Al tratarse el incesto de un delito sin víctima, evidentemente ninguno de los autores tendrá interés en denunciar el hecho, de manera que ambos podrían mantener esa conducta contraria a derecho, si lo desean, basándose en la probabilidad –que la más de las veces se transforma en certeza– que ninguno de ellos denunciará el ilícito. Además, por lo general, nadie desea contribuir deliberadamente a su autoincriminación.

Dicho proyecto expresa en sus fundamentos –aunque lamentable incurriendo en la clásica confusión de la víctima con el sujeto pasivo– que “no puede hacerse homologable quien ejerce como sujeto activo y quien es sujeto pasivo, por cuanto el rol (desempeñado) por uno y otro es diametralmente opuesto; y en ese contexto sociocultural sancionar la coautoría... importa crear males mayores de los que se pretende evitar con la punibilidad de esa conducta, no (cumpliéndose) en esta situación con un supuesto básico del Derecho

---

<sup>11</sup> En cuanto a la posible concurrencia del incesto con otros delitos, valga lo expresado más adelante en las páginas 23 – 24, a propósito del consentimiento.

penal, (cual es) que éste debe ser el último recurso al cual recurrir”. (Boletín N° 5726-18, 2008: pp. 1-2). En seguida, el proyecto agrega que, si nuestra legislación contempla los delitos de violación y estupro, y en el evento que los presupuestos de éstos ilícitos se den en el contexto de una relación incestuosa, para que ésta hipótesis de violación o estupro pueda denunciarse efectivamente, es indispensable derogar la coautoría del incesto, pues su existencia autónoma constituirá siempre un freno a la eficacia de las denuncias referidas (Boletín N° 5726-18, 2008: p. 2)<sup>12</sup>. Tengamos presente, por último, que al estar en presencia de un delito de esta naturaleza, en nuestro Derecho el único organismo facultado para impetrar la acción penal que surge del delito de incesto es el Ministerio Público<sup>13</sup>.

c) La ausencia de sentimiento de daño por parte de la víctima. La conducta incestuosa no lleva consigo un sentimiento de daño por partes de los hechores, toda vez que en ella han consentido, hasta el punto que no les impele a llevar el hecho a la atención de las autoridades. A mi juicio, y siguiendo nuevamente a Raúl Cervini, este criterio tiene mucho peso. “Se le ha criticado argumentando que no debe confundirse lo que son los sentimientos de una persona o lo que ella considera bueno para sí misma, y lo que es verdaderamente bueno referido a su estado y condición. Creemos – continúa Cervini– que ubicados en la tesitura reformadora de la mínima intervención penal, debe ser desterrada la idea de una sociedad paternalista que dicte leyes para proteger a las personas de tomar riesgos voluntarios hacia sí mismos (1993: p. 159).

d) La actitud voluntaria de hacerse dar bienes o servicios socialmente desaprobados pero ampliamente requeridos. Esta nomenclatura pareciera referirse más bien a delitos de carácter patrimonial y a otros ilícitos, vinculados por ejemplo, a la prostitución o a las

---

<sup>12</sup>En definitiva a lo que apunta este proyecto es a derogar el incesto como un delito plurisubjetivo, para que la violación o estupro perpetrada por ascendiente, descendiente o hermano, todos consanguíneos, pudiera siempre denunciarse, siguiendo así el tratamiento mayoritario que las legislaciones extranjeras han dado al delito de incesto, cual es considerarlo como agravante de otros ilícitos penales. La ineficacia en las denuncias de violación o estupro en el contexto de una relación incestuosa, se explican en el proyecto. Ver Boletín N° 5726-18, 2008: p. 1.

<sup>13</sup> Aclaremos, empero, que el Código procesal penal incurre en una verdadera confusión al identificar la víctima con el sujeto pasivo de ilícito, error que se evidencia en el artículo 108 de ese Cuerpo legal, que define a la víctima, simplemente, como el ofendido por el delito.

drogas. Intentaré, sin embargo, hacer un esfuerzo y descifrar si en el delito de incesto existe una especie de naturaleza negociable o canjeable ínsita, que me permita abarcar también este último criterio. Según mi visión, aquello sí está presente en el delito en comento, por cuanto cada cual, amparado en la garantía máxima de la libertad, debiera ser capaz de decir autónomamente, sin subordinación a nada ni a nadie, si “transa” en un acto sexual su amor o mero placer con quién más le parezca, aunque hayan vínculos de consanguinidad involucrados en el hecho, siempre y cuando, lógicamente, no se dieran los presupuestos de la violación o estupro, en cuyo caso la voluntad estaría viciada y en consecuencia, lo anterior ya no tendría sentido.

Luego de haber analizado someramente las cuatro pautas que, a juicio de algunos, caracterizan a los delitos sin víctima, y teniendo en cuenta las consideraciones anotadas y en general, todo lo expresado precedentemente, no queda más que sumarme a los distintos autores que plantean la descriminalización de este tipo de delitos, pues “la experiencia ha demostrado que su penalización produce crímenes secundarios diferentes y frecuentemente más graves a los de las conductas prohibidas... observándose además que dicha penalización tiende a degradar la normal existencia humana e invariablemente su administración es arbitraria y discriminatoria” (Raúl Cervini, 1993: p. 161)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Las modernas concepciones decriminalizadoras propenden a que la sociedad y la ley penal específicamente permitan a las personas comprometerse o relacionarse en cualquier conducta que ellos quieran sin importar cuán desviante o anormal sea, mientras ellos sepan lo que están haciendo, consientan en hacerlo y ningún otro participante sea lesionado por ella. En mérito a lo dicho, entienden que las leyes penales en tornos a las actividades “sin víctimas” deben ser – en principio– revisadas en miras a su posible derogación (Raúl Cervini, 1993: p. 162).

## **5. Vínculo de parentesco.**

El tipo exige que ambos sujetos estén unidos por un vínculo de parentesco, el cual puede asumir la forma de consanguinidad en toda la línea recta o de colateral hasta el segundo grado<sup>15</sup>. En cuanto a los hermanos, como la norma no distingue, estos pueden serlo tanto de ambos padres como sólo de padre o de madre.

En lo concerniente a la filiación adoptiva, no configura el delito de incesto las relaciones sexuales que mantengan dos personas ligados por vínculos de adopción, porque faltaría el carácter consanguíneo de los lazos que han de unir a los hechos. Siguiendo la misma lógica, sí constituye incesto las relaciones sexuales que mantenga el adoptado con alguno de sus parientes de sangre (Rodríguez Collao, 2004: p. 260).

## **6. Consentimiento.**

La conducta debe ser realizada en forma voluntaria por ambos autores, pues de lo contrario, se configurarían los delitos de violación o estupro, en la medida que concurrieran sus presupuestos.

En estos casos, según la doctrina y jurisprudencia dominante, debe sancionarse el hecho por el delito que corresponda, agravado en razón del artículo 13 del Código penal.

Otra parte de la doctrina sostiene que en tal hipótesis estaríamos en presencia de un ejemplo indiscutible de concurso ideal de delitos, pues se trataría de una acción única, el acto carnal, que encuadra en dos tipos delictivos compatibles entre sí (Labatut Glens, 2007: p. 141). En consecuencia, según esta visión no tendría aplicación la agravante del artículo 13 por ser un elemento del tipo penal.

---

<sup>15</sup> Al respecto recordemos que antes de la reforma de 1999, la figura del incesto incluía también el parentesco por consanguinidad ilegítimo y por afinidad, los que fueron en ese año suprimidos por la Ley N° 19.617, aunque la discusión que antecedió esta decisión no fue pacífica. Consta en actas que la Cámara de Diputados pretendió mantener el parentesco por afinidad, mientras que el Senado insistió en restringir el tipo al parentesco por consanguinidad. Como puede apreciarse en la actual redacción de la norma, la postura del Senado fue la que se acogió en definitiva por la Comisión Mixta (Boletín N° 1048-07, 1998: p. 45).

Existe, con todo, una tercera corriente de opinión, la cual plantea que en el supuesto señalado existiría un concurso aparente de leyes penales, pues en la violación o estupro, en cuanto contempla ciertas modalidades de ejecución particulares, sería especial respecto del delito de incesto, el cual no formula tales exigencias respecto de la conducta de acceso carnal.

Sobre el particular, personalmente me inclino por la primera postura, y para contrarrestar la dos que le siguen, hago míos los argumentos esbozados por Rodríguez Collao al siguiente tenor: “No puede plantearse... que entre (los referidos delitos) se dé una relación de especialidad, porque ni (la violación ni el estupro) exigen un vínculo de parentesco, ni el (incesto) contempla modalidades de ejecución de la conducta... Y en cuanto a la posibilidad de que exista un concurso ideal de delitos, ello supondría que el acceso carnal no consentido efectivamente encuadrara dentro de la figura de incesto, lo que en verdad no ocurre. Porque en relación con esta última, la voluntad de ambos intervinientes en el acceso carnal es un elemento del tipo, de manera que la concurrencia de alguna de las modalidades ejecutivas de la violación o estupro determina que el comportamiento sea atípico respecto del incesto y que el único título de castigo posible sea, precisamente, el delito de violación o estupro” (2004: p. 273).

Como consecuencia de lo anterior, el delito de incesto nunca podrá concurrir con el delito de violación ni con el delito de estupro, ya que en ambas situaciones la voluntad de la víctima se encuentra viciada, o bien, porque el ofendido será considerado por la ley penal como incapaz de consentir en el acto sexual, tratándose de la violación impropia.

Se descarta, asimismo, la concurrencia del incesto con el delito de abuso sexual, ya que los artículos 336 ter, 366 y 366 bis exigen la realización de una acción de relevancia y significancia sexual distinta del acceso carnal. Se suma a lo anterior el hecho de que en el abuso sexual la voluntad de la víctima también se encuentra viciada (Aguilar Aranela, 2008: pp. 211-213).

## **7. Faz subjetiva del tipo.**

Para la configuración del delito se requiere dolo directo, atendido a que el tipo exige expresamente el conocimiento de la relación de parentesco, exigencia que para algunos, como Etcheberry Osthusstegui, es completamente redundante, pues cabría aplicar las reglas generales en materia de dolo. En ese sentido, el mismo autor aclara certera y sintéticamente que si las partes ignoran tal relación, obrarán inculpablemente. Si una de ellas la conoce y la otra no, solamente la primera será punible. Si ambas la saben, serán autores (1998: p. 44).

## **BIEN JURÍDICO.**

En concepto de nuestro legislador, la sanción penal del incesto se fundamenta en la protección del orden de las familias y, particularmente, en la prevención de una eventual degeneración de la estirpe resultante de uniones consanguíneas muy próximas. Es así como parte de la doctrina entiende que en este delito se ofende el orden de las familias en dos sentidos. Primeramente, por la posibilidad de engendrar hijos, que de acuerdo a las leyes biológicas pueden ser un factor de degeneración de la familia y aún de la estirpe, y en seguida, porque representa un atentado contra las buenas costumbres en forma particularmente chocante al sentimiento familiar (Etcheberry Osthusstegui, 1998: p. 40).

En el mismo sentido, agrega Garrido Montt que el bien jurídico protegido por este delito, es el abuso de la sexualidad en el seno de la familia. No es un delito contra la libertad sexual, pero sí se dirige a limitar su ejercicio en el seno de la célula familiar. Se pretende mantener cierta sanidad en las relaciones sexuales en ese grupo fundamental de la sociedad, y a su vez, evitar la posible degeneración de la especie –consecuencia de la relación entre parientes– constatada como experiencia histórica (1998: p.305).

A pesar de la respetable visión de los juristas citados y de muchos otros que esgrimen consideraciones semejantes – quizás algo forzados por la posición que ocupa el delito de incesto en nuestro Código criminal, en título VII, del libro II, bajo la rúbrica ya conocida– a mi juicio, el bien jurídico que descansa en la figura penal en palabra, resulta anacrónico para nuestros tiempos y ajeno a las directrices y mandatos mínimos que exige un Estado de Derecho para la convivencia social; más aún, la posible degeneración de la

especie ni siquiera tiene un real asidero científico, como sí lo han sostenido de ordinario algunos autores.

En efecto, la literatura científica moderna enfatiza que las relaciones sexuales practicadas entre parientes consanguíneos, no llevan implícitas la condición de que la descendencia que se engendre producto de aquellas, presente malformaciones o deficiencias congénitas. Lo que sucede es que la procreación entre consanguíneos próximos produce tanto la concentración de los rasgos favorables como de los desfavorables de los padres, hecho del que dependerá la suerte de la progenie incestuosa. Entonces, si la ascendencia de los padres ostenta más rasgos favorables, esta circunstancia se “potenciará”, y la probabilidad de hijos sanos será mayor. Lo mismo ocurrirá en sentido contrario. En términos técnicos, propios de la medicina, lo anterior puede expresarse así: “en los individuos, hijos de parejas emparentadas, aumenta la posibilidad de homocigocidad para un número mayor de genes. Si algunos de esos genes son recesivos, deletéreos, poseen una frecuencia baja en la población, y están presentes en uno o más antecesores, el riesgo de morbilidad o mortalidad aumenta notablemente, y dependerá, en gran parte, de las generaciones que separen al individuo del antecesor o antecesores que porten el gen. Esto significa que la consanguinidad no tiene efectos negativos *per se*, concepto que no siempre es entendido o manejado correctamente” (Rothhammer; Llop, 2004: p. 271). En el mismo sentido, Grossi Aninat afirma que no existen reglas absolutas. “Si hay taras degenerativas o cualidades superiores, pueden exaltarse con el matrimonio de los consanguíneos. El peligro es grande cuando las mismas taras, las mismas tendencias patológicas se encuentran en las dos ramas, en la del padre y la de la madre... En cambio, si no hay en la familia, cuyos dos miembros se unen, anomalías ni defectos transmisibles, los descendientes suelen ser perfectamente sanos y vigorosos. No es, por lo tanto, a juicio de los biólogos, la consanguinidad por sí misma peligrosa” (1941: pp. 97-98).

A mayor abundamiento, la circunstancia más arriba señalada es ampliamente conocida e incluso aprovechada en la esfera de la genética animal, para lograr un mejoramiento de las razas. En ese contexto, y a modo de ejemplo, me parece pertinente transcribir lo expresado por Antonio Ortuño al referirse a la colombicultura: “Son muchos los colombicultores que creen que las parejas consanguíneas dan lugar a un mayor número de genes defectuosos en la descendencia; esto es incierto, lo que sucede es que se

manifiestan los genes defectuosos que han existido a lo largo del árbol genealógico familiar... Pensemos que muy probablemente todos los palomos poseen varios genes malignos y por ello, podemos apreciar las posibilidades de que estos genes alterados se manifiesten en el caso de parejas de estrecho parentesco. Es conveniente aclarar y dejar sentado para siempre, que las parejas consanguíneas *no producen genes alterados*, sino que únicamente estos genes se puede manifestar más fácilmente” (2008: p. 2).

Por tanto, queda claro que el bien jurídico del delito de incesto, al menos, en lo concerniente a la protección de la descendencia nacida de relaciones incestuosas, no tiene mayor justificación científica-biológica, ni menos jurídica, pues se trataría de una mera probabilidad, la que, dependiendo de los genes paternos, podrá o no materializarse en las generaciones venideras.

De no estimarse así, y aunque parezca temerario, considero que bajo la misma lógica del legislador, debería castigarse también penalmente a las mujeres que tuvieran embarazos en edad avanzada, pues es un hecho desafortunado pero incontrovertible, que a medida que una mujer envejece, una mayor proporción de sus óvulos envejecidos contienen anomalías cromosómicas (Ducote, 1997: p. 1), y por lo mismo, el riesgo de transmitir a sus hijos defectos congénitos inevitablemente también aumenta.

Sin embargo, si imagináramos que el poder punitivo pretendiera entrometerse con la violencia de su represión en este último ámbito, resultaría aquello, a todas luces, aberrante y del todo inaceptable. Entonces, ¿cuál es la diferencia entre uno y otro caso, tomando en consideración que en ambas situaciones sólo existe una mera probabilidad de ocasionar efectos nocivos en la descendencia? Seguramente la respuesta sea que en el caso del incesto se transgreden además aspectos valorativos, simples cánones morales, que el Estado procura hacer valer como directrices dentro de la conducta de sus súbditos, lo que, según la óptica de una política criminal que se encuentre a la altura de nuestros tiempos, es, de igual manera, absolutamente intolerable<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Este tema se tratará con mayor detalle en las páginas n° 41– 42, a propósito del principio de exclusión de valores ideológicos.

Por otro lado, la noción de “orden de las familias”, que podría entenderse como “aquel sector del ordenamiento positivo que regula las relaciones entre personas unidas por vínculos de parentesco o matrimonio” (Rodríguez Collao, 2006: p. 5) tampoco está exenta de reparos.

Se ha dicho que el orden de las familias encubre una concepción despersonalizada de los delitos que la amparan como bien jurídico, los cuales, en virtud de ella, aparecen no como atentados en contra de los derechos de un individuo en particular, sino como infracciones a los cánones morales vigentes en el plano de la sexualidad. “Es cierto que la noción de orden de familiar puede tener sentido en el campo de las relaciones civiles; y, particularmente, en lo que atañe a los derechos y obligaciones que generan los vínculos de parentesco o matrimonio. Sin embargo, nada autoriza a emplear, en el ámbito del Derecho penal, los mismos criterios con que se organizan las instituciones civiles, porque en el campo delictivo no basta la mera infracción formal de un precepto, sino que ella ha de reflejarse en una efectiva lesión o puesta en peligro de un derecho cuya conservación resulte necesaria desde el punto de vista de los intereses del individuo” (Rodríguez Collao, 2006: p. 6).

Se sigue de los argumentos expuestos, que el bien jurídico protegido en el delito de incesto, no puede revestir más en lo sucesivo el carácter de tal, pues su justificación penal es evidentemente dudosa, y por tanto, jurídicamente insuficiente.

Considero, por último, que aun cuando fuera efectivo el supuesto daño que las relaciones incestuosas pudieran ocasionar en la descendencia, el castigo de esa conducta tendría que constreñirse a los casos en que ese riesgo efectivamente se hubiera concretado, configurando ésta circunstancia una condición objetiva de punibilidad. Pero en la fórmula vigente se aprecia con claridad que la voluntad del legislador es la de castigar aún cuando no exista la posibilidad de que se produzca el daño aludido. Pensemos, por ejemplo, en dos hermanos consanguíneos adultos que, no obstante ser estériles, se relacionan sexualmente en forma voluntaria. En este caso, resulta obvio que no hay posibilidad alguna de generar progenie defectuosa, pues es sabido que la esterilidad, en lo que a las personas se refiere, es una cualidad atribuible a aquellos sujetos que no se pueden reproducir, bien sea debido al mal funcionamiento de sus órganos sexuales o a que sus gametos son defectuosos. Como

advierte Rodríguez Collao, “ello no viene sino a demostrar que el fundamento del castigo es simplemente la consideración de que obra mal quien se relaciona sexualmente con un pariente suyo” (Rodríguez Collao, 2004: p. 262).

## **LIBERTAD DE AMAR E INCESTO.**

No puedo concluir este capítulo sin recordar un caso de inusitada discusión que se promovió hace algunos años en Alemania. La historia involucra a dos hermanos –Patrick y Susan– los que motivados por su amor, decidieron entablar una batalla legal y moral con la justicia y la opinión pública. Los protagonistas vivieron separados desde la infancia y producto de inesperados acontecimientos, sus caminos volvieron a encontrarse. Acto seguido, se enamoraron, no obstante los vínculos de consanguinidad que la propia naturaleza había creado. Como consecuencia de este amor incomprensido, ambos, con admirable decisión, solicitaron que se declarara inconstitucional el artículo 173 del Código penal alemán que tipifica el incesto como delito y fija las penas para los autores en los términos que el mismo indica<sup>17</sup>. Joachim Frömling, abogado de la pareja incestuosa, argumentaba aduciendo que el referido precepto implicaba una violación de los derechos fundamentales, pues no cumple con un requisito que impone la Constitución a toda norma penal que es tener una justificación convincente. El Tribunal Constitucional alemán en definitiva rechazó la demanda, porque consideró en su sentencia que el artículo 173 está justificado para resguardar el orden familiar de los efectos dañinos del incesto. Agregó, trivial y desafortunadamente, a mi juicio, que la penalización de este delito protege también al miembro más débil de la pareja incestuosa. Los hermanos, sin embargo, no fueron capaces de comprender el revuelo que provocó su relación, así como la excesiva intromisión del Estado, ya que en su visión “solo son dos personas que se quieren y que no hacen daño a nadie”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Ver página nº 11.

<sup>18</sup> Las consecuencias del caso pueden resumirse en lo siguiente: Patrick fue condenado en 2002, después de engendrar a su primer hijo, Erick, a un año de cárcel. En 2003, la pareja tuvo una hija, Sarah, en 2004, una más, Nancy, por lo que Patrick fue condenado a dos años y medio de prisión, aunque antes de ingresar en la cárcel embarazó a su hermana por cuarta vez. Según explica el abogado de Susan, la hermana pudo evitar la

Esta historia recuerda unas palabras de Jiménez de Asúa: “día llegará en que se proclame la libertad de amar. Para quien conozca medianamente la historia de las ideas sociológicas y filosóficas, la frase es suficientemente expresiva. Pero los interesados en generar confusiones hacen creer que el amor libre es el libertinaje sexual más desenfrenado, la poligamia y poliandra sueltas, el comunismo amoroso en su vértigo más repugnante. La libertad de amar significa que los Estados no tienen para qué mezclarse en los sentimientos y emociones espirituales de los humanos... ¿Qué le importa al Estado lo que hagan dos súbditos conscientes en la esfera íntima de sus sentimientos?”(1984: pp. 153-154).

## **II. CAPITULO SEGUNDO: HACIA LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE INCESTO.**

### **Nociones sobre política criminal y procesos de descriminalización.**

#### **1. La Política criminal.**

Como es sabido, “el Derecho penal no puede verse como una regulación aislada, que se basta a sí misma, sino como parte de un conjunto (el sistema penal), que a su vez se integra en la “táctica política” del Estado para alcanzar los fines que éste se propone” (Politoff Lifschitz, 1997: p. 16). De esta manera, en el plano de los delitos, la política criminal consiste “en el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal” (Bustos Ramírez, 1996: p. 20); o en otras palabras, “en la disciplina que se ocupa de cómo debe conformarse el Derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la Sociedad” (Jescheck, 1993: p. 18).

Convengamos, en todo caso, que puede haber diferentes políticas criminales; la orientación que ha de tener el Derecho punitivo, en cada sistema penal, depende

---

condena gracias a que era aún menor de 18 años cuando dio a luz a sus dos primeros hijos. Más antecedentes en: <http://www.adn.es/mundo/20080313/NWS-0707-encuentran-situacion-hermanos-enamora-tienen.html> ; <http://www.clarin.com/diario/2005/11/12/sociedad/s-06103.htm> y [http://www.mpicc.de/ww/en/pub/forschung/forschungsarbeit/gemeinsame\\_projekte/inzest.htm](http://www.mpicc.de/ww/en/pub/forschung/forschungsarbeit/gemeinsame_projekte/inzest.htm).

Fecha de última consulta: 17 de octubre de 2010.

indefectiblemente de la organización interna de la legislación a cuyo estudio se aboque el análisis respectivo. Pero, al margen de esta realidad, dentro del haz de políticas criminales existentes, la que interesa destacar aquí, es la propia de un Estado de Derecho<sup>19</sup>. Sus características principales, según Bustos Ramírez, son las siguientes:

a) “La política criminal debe concluir que el principio de igualdad en que se funda el Estado no es una realidad, sino sólo un programa. Esto es, que hay discriminación, que se da una desigual distribución de la criminalización, por lo que un primer aspecto a considerar será la necesidad de redistribuir el poder de criminalización, de modo entonces de ir descendiendo las cuotas de discriminación” (Bustos Ramírez, 1996: p. 21). Por eso, la política criminal es la encargada de elaborar, por un parte, los criterios adecuados que permitan lograr la descriminalización de ciertos comportamientos que en definitiva no sean dignos de tutela penal, por ejemplo, aquellos hechos que no afecten ningún bien jurídico –

---

<sup>19</sup> Es importante ser cauto en esta materia. Es un hecho que la gran parte de los autores, cuando abordan el tema en palabra, utilizan la nomenclatura “Estado de Derecho *social y democrático*” sin reparar en la significación exacta de cada una de dichas expresiones, las que, por lo demás, están sujetas a constantes observaciones y críticas, provenientes particularmente desde el área de la Filosofía y de la Teoría política. Por esa razón, he optado por utilizar en este trabajo la expresión “Estado de Derecho”, a secas. Con todo, y sin entrar en mayor detalle, valga recordar lo apuntado por Garrido Montt, al referirse a las características que ha de reunir un “Estado social y democrático de Derecho” para ser considerado como tal: “Todo Estado, para ser tal, requiere de una organización jurídica, pero no siempre por esa sola circunstancia adquiere la calidad jurídica de un Estado de Derecho. En nuestra cultura jurídica la expresión *derecho* alude a un ordenamiento normativo producto de una manifestación de voluntad soberana de la sociedad, libremente expresada, no a un sistema normativo impuesto, sea por la autoridad o un grupo. En esa línea de pensamiento es posible hablar, además, de Estado *social y democrático*. El Estado es de *Derecho* cuando siendo detentador del poder de castigar, lo sujeta, en cuanto a su ejercicio, al Derecho positivo. En el hecho existe una autolimitación del propio Estado, autolimitación que en esencia es aquello en lo que consiste el principio de legalidad o de reserva. La modalidad de *social* subordina el ejercicio del *ius puniendi* del Estado a lo estrictamente necesario para mantener la coexistencia pacífica entre sus súbditos y proteger los intereses que éstos califican como fundamentales (bienes jurídicos). La naturaleza *democrática* del Estado subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre. Si bien la autoridad se ve compelida por los requerimientos sociales a prohibir determinadas conductas conminándolas con sanción, y aplicar esa sanción en su caso, debe hacerlo en forma que se lesionen lo menos posible los derechos inherentes al ser humano” (2005: pp. 29-30).

como sucede en el delito de incesto—; mas al mismo tiempo, le corresponde construir las directrices que legitimen la criminalización de otras conductas.

b) “Una política criminal que tiene como fundamento la libertad, no puede partir desconociéndola y convirtiendo a las personas en meros instrumentos o sujetos a tutela. Desde esta perspectiva, lo fundamental es la relación entre la persona y el Estado, en el sentido de que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento de la persona como ente autónomo y por eso mismo de sus derechos y garantías. Esto significa, en consecuencia, que el poder penal no puede ser configurado de tal manera que excluya el ejercicio de los derechos de una persona o lo elimine en cuanto tal”<sup>20</sup> (1996: p. 21-22).

c) “En el poder de definición debe existir una efectiva participación de todos, no sólo en el aspecto representativo, esto es, a través de la elección de representantes, sino también mediante la descentralización real, en el sentido de devolver a las partes la resolución de los conflictos sociales”<sup>21</sup> (1996: p. 22).

d) “La violencia de la represión penal ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación a otra, no reactiva. Luego, ello excluye violencias duras, como la pena de muerte, las penas largas privativas de libertad; por el contrario, entonces hay que privilegiar formas alternativas de control penal” (1996: p. 23).

En definitiva, la política criminal debe ocuparse en nuestros tiempos de “cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad del delito, y sobre todo, de determinar hasta qué límite puede extender el legislador el Derecho penal para no restringir la esfera de la libertad del ciudadano más allá de lo absolutamente indispensable, y de si el Derecho material se encuentra configurado de manera que pueda realizarse en el proceso penal” (Jescheck, 1993: p. 18).

---

<sup>20</sup> Procuraré demostrar, más adelante, cómo es efectivo que en el delito de incesto se vulnera el principio de la dignidad humana, y en consecuencia, también su autonomía, derechos y garantías. Ver páginas nº 39 – 41.

<sup>21</sup> Considero que, tratándose el incesto de un delito sin víctima, bien podría quedar entregada la “resolución” del conflicto a los mismos sujetos que han participan en el hecho punible, y que son, por lo demás, ambos autores. En la práctica probablemente esto así sea, pues como se explicó en el primer capítulo, la denuncia en este tipo de delitos se ve tremendamente inhibida.

## 2. Los procesos de descriminalización.

Ante todo, es conveniente aclarar que no existe consenso entre los autores cuando llega el momento de conceptualizar la descriminalización y las demás formas de reduccionismo penal (despenalización y mitigación). Debido a ello, he decidido seguir en las próximas líneas, el enfoque que Politoff Lifschitz entrega particularmente en estas materias, a fin de procurar una delimitación uniforme de los institutos antes indicados.

De esta manera, entenderemos por descriminalización “al proceso por el cual determinada conducta, a la que la ley asigna pena, pierde su carácter de merecedor de pena, proceso que se completa con la supresión de la respectiva disposición penal, sin que la amenaza penal sea reemplazada por otra reacción formalizada del sistema represivo del Estado”<sup>22</sup> (1995: p. 99).

Explica Politoff, basándose en el Informe sobre Descriminalización del Consejo de Europa, que se puede proceder a descriminalizar una conducta que hasta entonces era punible si:

a) Esa conducta se considera en adelante como legítima;

b) Una opinión distinta sobre el papel del Estado y/o sobre los derechos humanos conduce a que el Estado no se inmiscuya en lo sucesivo respecto de cierto tipo de conductas;

c) Se concluye que, en ciertos casos, es mejor no hacer nada, (cuando el remedio sea peor que el mal), aunque se reconozca la admisibilidad de la intervención del Estado;

---

<sup>22</sup> Cervini, por su parte, distingue tres tipos de descriminalización: a) la descriminalización formal, *de iure* o en sentido estricto, que apunta al deseo de otorgar un total reconocimiento legal y social al comportamiento descriminalizado (la conducta en definitiva deja de constituir un ilícito, y se encuadra, por tanto, en la definición de descriminalización que plantea Politoff); b) la descriminalización sustitutiva, casos en los cuales las penas son reemplazadas por sanciones de otra naturaleza (que corresponde, en palabras de Politoff, a la “despenalización”); c) la descriminalización *de facto*, que se configura cuando el sistema penal deja de accionar sin que formalmente haya perdido competencia para ello, por ejemplo, por sobrecarga del sistema penal, porque el público no conoce el carácter delictivo de un hecho y no promueve la acción, o considera que es más conveniente acudir a arreglos privados, entre otras causas (1993: p. 61-63).

d) Si otra manera de reaccionar aparece mejor que la del sistema penal (1993: p. 99).

En el mismo sentido, Cervini enumera en una de sus obras<sup>23</sup> una serie de directivas instrumentales que él llama “herramientas prácticas” o “pautas operativas” que sirven para intentar un proceso de descriminalización. En ese orden, el autor distingue entre indicaciones “intra-dogmáticas”, que son aquellas que deben manejarse dentro de las interpretaciones y aplicaciones del dogma penal (Derecho penal integrado) y las indicaciones “extra-dogmáticas”, que se plantean desde la perspectiva de una política criminal. Me parece, sin embargo, que debido a su considerable extensión – son 20 pautas– no es posible abarcar a todas ellas en este trabajo. Hay, con todo, tres de estas directrices que considero pertinente destacar, en atención a la evidente operatividad que representan, a la hora de intentar la descriminalización del delito de incesto. Son las siguientes:

a) No deben criminalizarse las conductas desprovistas de nocividad social (delitos sin bien jurídico);

b) Deben quedar fuera del sistema penal los hechos que se sitúan exclusivamente en el orden moral;

c) Se debe descriminalizar los llamados “delitos sin víctima” (1993: p. 97-106).

Las dos primeras directivas serán analizadas separadamente más adelante. En cuanto a los “delitos sin víctima”, éstos ya fueron tratados en el primer capítulo. Respecto de las demás pautas, en fin, invito al lector a profundizar en cada una de ellas en la obra de Cervini, a que tanto he hecho referencia.

Por otra parte, además de la descriminalización propiamente tal, existen otros procesos de reduccionismo penal: la despenalización y la mitigación. Se entiende por despenalización “al reemplazo de la sanción penal por una reacción de otro sistema del régimen legal (por ejemplo, el traslado de determinadas contravenciones del ámbito penal

---

<sup>23</sup> Cervini Sánchez, Raúl (1993): *Los Procesos de descriminalización*, segunda edición, Editorial Universidad, Montevideo, pp. 97-106.

al administrativo o civil)”<sup>24</sup> y por mitigación, “al reemplazo de las actuales sanciones penales por otras menos severas (por ejemplo, la pena privativa de libertad por multa o por otras alternativas que importen un menor estigma en el concepto social) o la calificación, como falta, de un hecho previsto hasta entonces como delito” (Politoff Lifschitz, 1995: p. 100).

Al respecto es conveniente aclarar, que de las distintas formas de reduccionismo penal, la que cabría aplicar al incesto, en mi concepto, es derechamente la descriminalización y no la despenalización ni la mitigación. La razón de mi rechazo a estas otras formas de reduccionismo, se traduce básicamente en que, considerando la naturaleza íntima de ambas instituciones, su operatividad no eliminaría el carácter ilícito de las relaciones incestuosas. En otros términos, a pesar de que se aplicara la despenalización o la mitigación al delito de incesto, el acceso carnal entre parientes próximos seguiría siendo un ilícito, aunque tal vez ya no penal –en el caso de la despenalización–, pero ilícito al fin y al cabo. Recordemos, en ese sentido, que el objeto de este trabajo no es lograr que la sanción penal del incesto se reemplace por una reacción de otro sistema legal, ni que la pena que se asigna a éste delito se sustituya por otra menos severa, sino que, mediante la descriminalización, se obtenga que tales hechos queden entregados a la conciencia y a la moral privada de los sujetos que intervienen en la conducta incestuosa.

### **Razones que en particular justifican la descriminalización del delito de incesto.**

Nadie podría poner en duda el aserto de que la facultad de sancionar del Estado sólo adquiere legitimidad en la medida que se emplee para la protección de la sociedad y en tanto alcance ese objetivo. De este modo, el cumplimiento de dicha función implica que el Estado debe limitarse a intervenir en cuanto sea estrictamente necesario y sólo para amparar bienes jurídicos fundamentales (Garrido Montt, 2005: p. 40), límites que, en todo caso, se reconducen siempre a otro aún mayor: la dignidad humana.

---

<sup>24</sup> Cervini, atribuyéndole otro sentido a la “despenalización”, señala que ésta consiste en degradar la pena de un delito sin desincriminarlo, es decir, sin quitar al hecho su carácter de ilícito penal (descripción que en palabras de Politoff, corresponde más bien a la “mitigación”).

Pues bien, en ese contexto, pienso que los principios aludidos no sólo se ven expuestos a una eventual transgresión, sino que derechamente se vulneran, en cuanto persiste incólume el tipo de incesto en nuestra legislación. Por esa razón, los principios que corresponde ahora analizar son, en primer lugar, el principio de ofensividad; luego, el principio de intervención mínima; en tercer lugar, el principio de la dignidad; y agregaré un cuarto: el principio de exclusión de valores ideológicos<sup>25</sup>.

### **1. El incesto y el principio de ofensividad.**

El principio de ofensividad se traduce, básicamente, en que la legitimación de la intervención punitiva depende de que ella efectivamente se oriente a la tutela de un bien jurídico, esto es, intereses individuales o colectivos juzgados indispensables para la convivencia social (Politoff Lifschitz, 2009: p. 67; Rodríguez Collao, 2004: p. 100)<sup>26</sup>.

Ahora bien, la ofensa a un bien jurídico puede adoptar dos formas: la de lesión y la de puesta en peligro. En consecuencia, sólo pueden ser punibles las conductas que lesionan o ponen en peligro intereses jurídicos socialmente valiosos, por lo que “queda descartada la posibilidad de sancionar comportamientos meramente inmorales, desagradables o que para alguna creencia constituyan pecado...” (Garrido Montt, 2005: p. 44); por el contrario, “es necesario ir a la descriminalización de todos aquellos hechos que no estén en relación a la defensa de un bien jurídico, (lo que implica) que el Estado no puede intervenir penalmente para defender determinadas ideas morales, religiosas, estéticas, políticas, ni tampoco en la defensa de una pura regulación del orden u organización de determinadas actividades sociales” (Bustos Ramírez, 1989: p. 45).

---

<sup>25</sup> Desde luego, esta enumeración no pretende ser taxativa, ni mucho menos pretenciosa, en el sentido de querer abarcar todas las directivas que eventualmente pudieran influir en el particular. Prescindo, asimismo, de la clasificación tradicional de los principios limitativos al poder punitivo, y de todo orden dogmático, e incluso jerárquico, que pueda gobernar en estas materias.

<sup>26</sup> Tengamos presente, en ese sentido, que aun cuando la condición de bien jurídico pueda ser asumida tanto por intereses individuales como por ciertos valores colectivos, Rodríguez Collao enfatiza que en el campo de la criminalidad sexual –ámbito en que el autor sitúa al delito de incesto– “las opciones político-criminales se han inclinado únicamente por los primeros, tal vez como una forma de asegurar la erradicación de cualquier vestigio de la fundamentación moral de la reacción punitiva...” (Rodríguez Collao, 2004: p. 40).

Recordemos, en ese sentido, que luego de haber analizado en el primer capítulo el objeto jurídico del incesto –en particular lo que dice relación con la supuesta degeneración de la especie–, quedó de manifiesto el carácter innegablemente dudoso que aquél esconde en su esencia, lo que condujo ciertamente a declarar la falta de justificación jurídica –y más aún científica– del delito que nos ocupa. Por esa razón, no es difícil advertir que hay aquí una radical vulneración al principio de ofensividad, por cuanto, por un lado, “el orden de las familias” no es otra cosa que una fórmula que el legislador ha utilizado para encubrir sagazmente la sanción de infracciones a la moral; y por otro, ya que el peligro de defectos congénitos que asecha a la progenie incestuosa –peligro comparable al que entrañan los embarazos de edad avanzada, por cierto– pasa a ser una circunstancia sumamente remota y aleatoria, dependiente en gran medida de los genes paternos. No hay, en consecuencia, ninguna lesión ni tampoco una real puesta en peligro, al bien jurídico que se ha intentado proteger en este tipo de delito. Entonces, “desde que la conminación con pena de una conducta deja de ser útil para la protección de un bien jurídico, cesa la conveniencia de recurrir al Derecho penal, porque su aplicación no cumpliría con su finalidad tutelar, o sea proteger bienes jurídicos para mantener una coexistencia pacífica” (Garrido Montt, 2005, p. 43).

## **2. El incesto y el principio de intervención mínima (Derecho penal como ultima ratio).**

El principio de la *ultima ratio*, apunta a que “el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas –formales e informales– que permitan lograr el mismo cometido” (Carnevali Rodríguez, 2009: p.3). En otras palabras, el “Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes; de ahí su carácter “fragmentario”, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el Derecho punitivo sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia. Una de las formas en que se manifiesta este carácter fragmentario del Derecho penal en las actuales legislaciones, es *dejando*, en principio, *sin castigo las acciones meramente inmorales*” (el destacado es mío) (Muñoz Conde; García Arán, 1996: p. 71 y 80). En consecuencia, el Estado debe evitar todo abuso en el empleo de este poderoso instrumento –el Derecho

penal–; si abusa de él, lo desnaturaliza y transforma en un arma inefectiva, que pierde su calidad de recurso de excepción (Garrido Montt, 2005: p. 41).

Pero a pesar de los esfuerzos desplegados por las diversas legislaciones en orden a que el referido principio se haga efectivo en la práctica, sigue siendo una realidad desafortunada, el hecho de que en múltiples ocasiones se emplee al Derecho penal no como un instrumento de *ultima ratio*, sino como de *prima ratio*. En ese sentido, Carnevali Rodríguez afirma que “en el Derecho penal propio de las “modernas sociedades de riesgo” se observa una tendencia expansiva –huida *al* Derecho penal–, recurriéndose de forma excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto. El Derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico” (2009: p. 6). Y es precisamente lo que ocurre en el delito de incesto, pues, como indiqué en páginas precedentes, el “orden de las familias” encubre una concepción absolutamente despersonalizada de los delitos que la amparan como bien jurídico, los cuales, en virtud de ella, aparecen no como atentados en contra de los derechos de un individuo en particular, sino como infracciones a los cánones morales vigentes en el plano de la sexualidad (Rodríguez Collao, 2006: p. 6). Explicué también, en el capítulo anterior, cómo la circunstancia de que se trate el incesto de un delito sin víctima, ha servido de móvil a diversos autores para plantear su descriminalización. Cervini anotaba, en este sentido, que las modernas concepciones decriminalizadoras propenden a que la sociedad y la ley penal específicamente permitan a las personas comprometerse o relacionarse en cualquier conducta que ellos quieran sin importar cuán desviante o anormal sea, mientras ellos sepan lo que están haciendo, consientan en hacerlo y ningún otro participante sea lesionado por ella. En mérito a lo dicho, entienden que las leyes penales en tornos a las actividades “sin víctimas” –como el incesto– deben ser revisadas en miras a su posible derogación (1993: p. 162).

Por otro lado, es sabido que el “Derecho penal no es la única institución de control social, sino que está rodeado de otras instancias influyentes que también pueden reaccionar de modo más o menos contundente a la lesión normativa: no toda infracción de la norma requiere una pena, ya que quizás pueda ser mejor eliminada por el Derecho civil, por la sanción disciplinaria o simplemente por el olvido” (Hassemer, Winfried; Muñoz Conde,

Francisco, 1989, p. 66). Aceptar, sin embargo, la pertinencia de las otras instituciones de control social formal, como una forma de eludir la intromisión del Derecho penal en el castigo del incesto, supondría, al mismo tiempo, reconocer en la especie la utilidad de la aplicación de la *despenalización*”, situación que, guardando coherencia con lo expresado más arriba, no resulta en absoluto conveniente<sup>27</sup>.

Pero por otra parte, tampoco puedo desconocer que existen diversas instituciones y relaciones sociales (familia, escuela, empresa, asociación) –instituciones de control social informal– que podrían asumir igualmente determinados mecanismos de control, sustrayendo eventuales conflictos de la conminación penal (Politoff Lifschitz, 1995: p. 99). Bien podría reforzarse, en ese sentido, la educación sexual como medio para evitar relaciones incestuosas, por cuanto no debemos perder de vista que el acceso carnal entre parientes próximos es indefectiblemente reprobable, *aunque sólo desde el punto de vista moral*. Pero aún cuando la referida educación no surtiere efecto alguno entre personas adultas consanguíneas que, libre y consentidamente, decidieren de todos modos relacionarse sexualmente, considero que el Derecho penal tampoco estaría justificado para intervenir con la violencia de su castigo, por cuanto la esfera íntima en que esa relación se desenvuelve, debe forzosamente constituir un terreno vedado para la acción punitiva del Estado.

### **3. El incesto y el principio de dignidad humana.**

“Es tal el arraigo que el valor de la dignidad humana ha conseguido en la conciencia jurídica contemporánea, que en la actualidad no se discute que su reconocimiento es consubstancial al Estado de Derecho” (Rodríguez Collao, 2004: p. 72-73), por lo que la concepción del hombre en nuestros tiempos, como ser libre e igual, hecho a semejanza de Dios, debe poner justamente el acento en plantear un límite al legislador, es decir, que ha de reconocer esta realidad y no tratar al hombre como una bestia o animal feroz (Bustos Ramírez, 1989: p. 56).

---

<sup>27</sup> En efecto, pienso que de las distintas formas de reduccionismo penal –descriminalización, despenalización y mitigación– la que cabe aplicar al incesto es derechamente la primera, y no las dos siguientes. Ver la justificación de este aserto en la página n° 35.

No hay duda que nuestra legislación recoge fraternalmente este principio. El artículo primero, inciso primero, de nuestra Carta Fundamental, declara que los seres humanos nacen iguales en dignidad. Por consiguiente, el principio en palabra debe inspirar al legislador no sólo en la construcción de los tipos penales a que a nuestra disciplina interesa, sino también en la arquitectura general de todas las instituciones que comprenden el ordenamiento jurídico. Siguiendo este razonamiento, se ha llegado incluso a afirmar “que todos los derechos humanos tienen en común que sólo por motivo de la dignidad humana es que ellos existen...” (Politoff Lifschitz, 1999: p. 193).

Por otra parte, y sin perjuicio de las concepciones fundamentalmente filosóficas que se ocupan pertinazmente del tema, en la actualidad suele postularse, desde una perspectiva estrictamente jurídica, que al hablar de dignidad humana los textos constitucionales aluden a la categoría o jerarquía que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a cualquier otra creatura o realidad (Rodríguez Collao, 2004: pp. 73-74). En ese sentido, Rodríguez Collao distingue tres campos en los cuales la dignidad humana se proyecta de modo fundamental: la subjetivización del individuo, su autonomía y su superioridad. La subjetivización del individuo –explica el autor– implica la necesidad de considerarlo y tratarlo como ser dotado de inteligencia, voluntad y libertad. La autonomía, por su parte, se traduce en la capacidad de autodeterminación del individuo, es decir, en la aptitud para decidir libre y racionalmente sobre cualquier modelo de conducta, y para actuar conforme a sus propios criterios valorativos. La superioridad, en fin, supone que la persona ostenta la máxima jerarquía entre las distintas realidades jurídicas, de modo que no hay otro bien o valor que pueda ser situado a su misma altura (2004: pp. 74-75).

Fluye entonces de lo expuesto, que el delito de incesto representa un verdadero atentando al valor de la dignidad humana, vulneración que se manifiesta a mi entender en el siguiente sentido: considero, primero, que el tipo penal del incesto implica una *instrumentalización* del individuo, por cuanto mediante la imposición de una pena se busca obtener un fin estrictamente social, cual es –como indica Rodríguez Collao– la pretensión de velar porque al interior de la familia se observe un comportamiento aceptable desde el punto de vista de los cánones morales imperantes (2004: p. 262). Como consecuencia de ello, el individuo ya no es considerado como un fin en sí mismo, sino como un medio, lo que significa un desconocimiento de su calidad de sujeto y una relegación al plano de los

objetos. Y bien es sabido que el fin del Estado es estar al servicio del hombre; no le está permitido dominarlo o instrumentalizarlo, menos emplear el Derecho penal con ese objetivo (Garrido Montt, 2005: p. 30). En seguida, pienso que la autonomía decisional del individuo no puede ceder ante los estigmas morales que prescriben que obra mal quien se relaciona sexualmente con un pariente suyo, ya que, como expresé más arriba, el poder punitivo no debe inmiscuirse en aspectos que escapen de sus objetivos. No le compete, en efecto, propender a la moralización de las personas. De este modo, la relación sexual libre y consentida entre parientes consanguíneos, debe quedar al margen de la violencia de la coacción penal, pues "...la sociedad nada tiene que ver con las prácticas sexuales ejercidas voluntariamente entre personas capaces, debiendo el Derecho penal limitarse a posibilitar la coexistencia de las diferentes concepciones acerca de la sexualidad y de las diversas formas de manifestación que cada una de esas concepciones implica" (2004: p. 41).

#### **4. El incesto y el principio de exclusión de valores ideológicos.**

Decía Roxin que las meras immoralidades no lesionan ningún bien jurídico y que, por ello, deben quedar impunes. Agregaba que la punición de consideraciones inmorales, mantenidas entre adultos, no sólo restringe la libertad del individuo, sino también es superflua e incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas integradas (1997: pp. 56-57).

Comparto plenamente esta idea. Considero, en efecto, que existen ciertos comportamientos que han de confiarse a la moral personal, aun cuando desde el punto de vista de una determinada ética social o de una concepción teológico-moral sean rechazables (Jäger, 1969: p. 289). Claro es que Derecho penal no puede convertirse ahora ni nunca en un Dios omnipotente; es, al contrario, una construcción humana que está al servicio del hombre, y cuya intervención sólo puede legitimarse en la medida que sus fines se orienten a resguardar auténticos bienes jurídicos.

Reconozco, empero, que no es posible lograr una absoluta desvinculación entre el Derecho punitivo y los principios éticos, porque, en verdad –como apunta Rodríguez Collao–, todo el ordenamiento sancionatorio está impregnado de valores morales. Se trata, entonces, de impedir que se desvirtúe la misión del Derecho penal, que es básicamente protectora de los derechos del individuo, añadiéndose un contenido que tiene que ver con el

perfeccionamiento del ser humano. En otras palabras, el Derecho criminal no puede utilizarse como excusa para someter al individuo a un *proceso de moralización*, situación que escapa por completo de sus posibilidades (2004: p. 98)<sup>28</sup>. Se ha llegado a afirmar, incluso, que “sólo las acciones libres pueden ser consideradas moralmente valiosas y, ya por ello, la coerción estatal es inapropiada como medio de protección de la moral” (Jäger, 1969: p. 293).

Finalmente, me sumo a la opinión de la doctrina mayoritaria, en orden a que la exclusión de las meras inmoralidades del campo del Derecho penal, no significa que no puedan protegerse penalmente ciertos procesos internos del individuo, como sus sentimientos.

En efecto, la cópula normal realizada entre consanguíneos en *público*, y en general, todos los actos de mayor connotación sexual que se efectúen en el mismo espacio, deben ser sancionados; claro que la razón de su punición no radicará en una hipotética inmoralidad intrínseca de la conducta, sino en la perturbación que estos actos provocan en la paz social e individuos en particular. Esto es precisamente lo que falta –como bien comenta Roxin– en las “inmoralidades” realizadas de común acuerdo y no en público (1997: p. 57).

---

<sup>28</sup> Aún más, la necesidad de apartar las valoraciones morales del ámbito de la criminalidad es un imperativo que emana de la propia normativa constitucional, la cual impide que el Estado asuma una labor de determinación de la conciencia ciudadana conforme a parámetros ideológicos (2004: p. 99), pues tal circunstancia lleva insita la transgresión de la *dignidad de las personas*, como se explicó en el apartado anterior.

## CONCLUSIONES.

Las líneas que anteceden al presente corolario, han intentado demostrar, de la forma más convincente posible, que la pretensión de suprimir el incesto del catálogo de delitos, no responde a mera obstinación. Se ha argumentado, por el contrario, que aquella se debe a una imperiosa necesidad, que deriva de los principios más fundamentales de la política criminal. Desde esta perspectiva, corresponde entonces enumerar a continuación, las principales razones sobre las que descansa la exigencia de descriminalización:

### **1. El incesto es contrario a la naturaleza humana, pero ello no es suficiente motivo para su criminalización.**

El incesto es –y probablemente seguirá siendo– un tabú que se halla profundamente arraigado en todas las sociedades, aunque pareciera ser que cada vez en menor medida. Comparto, en ese contexto, la idea de que la unión carnal mantenida entre parientes próximos resulta repulsiva a la naturaleza humana, siendo precisamente éste hecho el que, a mi juicio, lleva a las personas a abstenerse de realizar este tipo de actos, y no la amenaza penal que subyace en la norma que establece su punición. Bien decía Politoff Lifschitz, en ese sentido, que “no todos conocen el alcance exacto de la previsión penal que rige en Chile sobre la materia (artículo 375) y que no es ese conocimiento lo que hace desistir de la comisión de tales hechos” (1995: p. 97).

Pero que la relación sexual mantenida entre parientes consanguíneos repugne nuestra conciencia, no significa, en ningún caso, que esa circunstancia sea suficiente justificación para castigar ese tipo de conductas. Carrara señalaba, apoyando esta tesis, que “cuando se trata de ver si un hecho reúne los caracteres de verdadero delito autónomo, *no basta que ese hecho sea vicioso o gravemente pecaminoso*, si no se comprueba que con él se lesiona un derecho particular o universal; y el legislador que no tenga en cuenta este requisito, yerra en sus funciones” (el destacado es mío) (1964: p. 482).

### **2. En el delito de incesto no existe bien jurídico alguno que sea digno de protección penal.**

Respaldando la efectividad de esta afirmación, Carrara hace ya tiempo daba cuenta de la dificultad que se presenta a la hora de descubrir el derecho particular que se vulnera

con el incesto, cuando se le considera separado de otro delito. El aislamiento del incesto – explica– presupone que no ha habido violación ni estupro (pues si así fuera, se configurarían éstos delitos y no aquél). Y entonces, el sujeto que consiente en el acto sexual, no se le puede decir que es paciente del supuesto delito. De ahí que sea muy difícil indicar cuál es la persona que los dos lujuriosos han lesionado en su derecho. Se debe entonces, para legitimar la existencia del delito de incesto, buscar su objeto en un derecho universal. Los que han querido mantener el incesto en el número de delitos autónomos – continúa– han indagado acerca de si su objeto jurídico se encuentra en el agravio a la familia, en la ofensa a la religión, o ya en el escándalo, y por lo mismo, lo han situado entre los delitos contra la moral pública o contra las buenas costumbres, según se prefiera llamarlos (Carrara, 1964: pp. 842 y 843). Chile ha sido uno de ellos, y fundamenta el delito de incesto –como hemos visto– en el orden de las familias, es decir, en el primero de los ejemplos mencionados por Carrara. Sin embargo, considero que existen múltiples indicios –mencionados ya a lo largo de este trabajo– que no hacen sino dejar en evidencia, la falta de algún interés individual o colectivo que sea digno de reclamar protección jurídica. Para un mejor entendimiento de este aserto, es conveniente recapitular. Recordemos que el incesto es un delito sin víctima, por lo que ambos sujetos que intervienen en el hecho punible son autores. A poco andar, entonces, se presenta el primer problema: ¿cuál es el interés particular que se vulnera en la especie? ¿Puede afirmarse que hay efectivamente un derecho individual lesionado, en circunstancias de que ambos sujetos han prestado su consentimiento en la realización del acto sexual?. Luego, parece más sencillo justificar el incesto en base a un bien jurídico de carácter universal –el orden de las familias, en nuestro caso– lo que, de acuerdo a los siguientes argumentos, también puede controvertirse. Dije anteriormente que la principal preocupación del legislador es resguardar la integridad física de la progenie nacida de relaciones incestuosas, esto es, evitar su posible degeneración. Pero también aclaré que esta posibilidad es sumamente remota y circunstancial, ya que las parejas consanguíneas no producen genes alterados, sino que únicamente éstos pueden manifestarse más fácilmente. En seguida, expresé también que aun cuando fuera efectivo el supuesto daño que las relaciones incestuosas pudieran ocasionar en la descendencia, el castigo de esa conducta, en mi concepto, tendría que constreñirse a los casos en que ese riesgo efectivamente se hubiera concretado, configurando ésta circunstancia una condición

objetiva de punibilidad. Pero en la fórmula vigente se aprecia con claridad, que la voluntad del legislador es la de castigar aun cuando no exista la posibilidad de que se produzca el daño aludido (Rodríguez Collao, 2004: p. 262), para lo cual basta pensar en el ejemplo de los dos hermanos consanguíneos que, no obstante ser estériles, se relacionan sexualmente de forma voluntaria. En esta hipótesis, aparece de manifiesto que no es precisamente el riesgo de un daño para la prole, el motivo que justifica la punición de la conducta incestuosa. Y si pensamos en la redacción de la norma hasta antes de la reforma de 1999 – que contemplaba al parentesco por afinidad– más patente se hace este aserto. En el mismo orden de consideraciones, es del caso señalar que, respecto a la consumación del delito, ya indicamos que ésta se produce con la introducción del pene en la vagina, aunque sea parcial, sin que sea necesario otro acto o resultado posterior; pero creo que bien podría exigirse la emisión seminal, ya que la falta de ésta substancia implica necesariamente la ausencia de peligro de embarazo, y en consecuencia, la imposibilidad de engendrar prole defectuosa. Así las cosas, pareciera ser que la supervivencia de la figura dentro del Código penal “sólo podría justificarse en el interés del Estado por imponer sus propios cánones morales, aun pasando por sobre las decisiones voluntarias del individuo, en relación con la forma en que cada cual asume el ejercicio de la actividad sexual” (Rodríguez Collao, 2004: p. 258), circunstancia que, según se indicó en páginas pretéritas, no puede de manera alguna legitimarse.

### **3. La descriminalización de una conducta no significa necesariamente aceptarla como válida (descriminalización malentendida).**

Muchos creen que la descriminalización de un delito –no sólo del incesto, sino que de cualquier delito al que la moral lo mire recelosa– significa que el Estado ha prestado su aquiescencia para la realización de la conducta que antes se encontraba incriminada, lo que, desde luego, no es efectivo. Señala Jäger, que “constituye una continua y pesada carga para la política jurídica la idea –mejor aún: la idea obsesiva– de que la supresión de un tipo hasta ahora punible podría interpretarse por los ciudadanos como reconocimiento moral y aprobación estatal... la consecuencia de una motivación así sería que en el futuro probablemente se punirían determinadas acciones sólo porque no se le puede explicar a una parte de la población ciertas diferencias elementales entre la moral y las tareas del Derecho penal...”, consecuencia que, a todas luces, resulta del todo ilógica. Por eso, es

perfectamente posible defender la idea de que exista una zona media neutral de acciones que el Estado ni apoya ni prohíbe, sino que confía al principio regulador de la moral (1969: pp. 296-298). Queda claro, entonces, que el Estado no estará fomentando la conducta incestuosa si decide –al fin– descriminalizar este delito, sino que ello significará, simplemente, que después de tanto ha entendido que no es asunto suyo intervenir en el sector personalísimo.

#### **4. El delito de incesto es inconstitucional.**

Nadie podría afirmar que el principio de ofensividad constituye una simple aspiración de la doctrina científica, o una mera recomendación político-criminal que la autoridad legislativa pueda, a su arbitrio, acoger o rechazar; todo lo contrario, es un imperativo constitucional que también deriva de la propia noción de dignidad de la persona, ya que el ser humano, por su condición de tal, posee un núcleo de libre desarrollo de la personalidad en el que la coacción estatal no puede penetrar y ese núcleo, por cierto, no se respetaría si se castigaran simples actitudes internas o hechos exteriores carentes de lesividad (Rodríguez Collao, 2004: pp. 102 y 103). Por tanto, el planteamiento de la inconstitucionalidad del incesto, se funda en la ausencia de un interés al que podamos atribuir legítimamente la condición de objeto de tutela, con lo cual se vulnera la exigencia constitucional de la necesaria afectación de un bien jurídico (principio de ofensividad); y en el atentado que aquel delito representa al valor de la dignidad humana, en cuanto instrumentaliza al individuo; y, más aún, porque pasa por sobre la autonomía decisional de éste, lo cual importa otra forma de transgredir el valor de la dignidad de la persona (Rodríguez Collao, 2004: p. 262).

Así las cosas, ya resulta evidente que estamos en presencia de un tipo legal anacrónico, en que ninguno de los intereses que se pretende tutelar representa un auténtico bien jurídico y que, por tanto, la figura sólo está a la espera de la inevitable decisión del legislador de suprimirla del catálogo de delitos (Politoff Lifschitz; Matus Acuña; Ramírez Guzmán, 2009: p. 70).

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **Libros:**

1. Aguilar Aranela, Cristian (2008): *Delitos sexuales. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Metropolitana, Santiago.
2. Bustos Ramírez, Juan (1989): *Manual de Derecho penal. Parte general*, tercera edición, Editorial Ariel, Barcelona.
3. Bustos Ramírez, Juan (1991): *Manual de Derecho penal. Parte especial*, segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona.
4. Carnevali Rodríguez, Raúl (2009): *Problemas de política criminal y otros estudios*, primera edición, Editorial Legal Publishing, Santiago.
5. Carrara, Francesco (1964): *Programa de Derecho criminal. Parte especial*, volumen III, Editorial Temis, Bogotá.
6. Cervini Sánchez, Raúl (1993): *Los Procesos de decriminalización*, segunda edición, Editorial Universidad, Montevideo.
7. Del Río, José Raimundo (1935): *Derecho penal. Legislación penal - delitos especiales*, tomo III, Editorial Nascimento, Santiago.
8. Etcheberry Osthusstegi, Alfredo (1998): *Derecho penal. Parte especial*, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
9. Freud, Sigmund (1943): *Obras completas de Freud. Totem y tabú*, tomo VIII, Editorial Americana, Buenos Aires.
10. Garrido Montt, Mario (2005): *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
11. Garrido Montt, Mario (1998): *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
12. Grossi Aninat, Angélica (1941): *Eugenesia y su legislación*, Editorial Nascimento, Santiago.

13. Hassemer, Winfried; Muñoz Conde, Francisco (1989): *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch.
14. Jescheck, Heinz-Heinrich (1993): *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cuarta edición, Editorial Comares, Granada (Traducción Manzanares Samaniego).
15. Jiménez de Asúa, Luis (1984): *Libertad de amar y derecho a morir*, séptima edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
16. Jiménez de Asúa, Luis (1951): *Tratado de Derecho penal*, tomo III, el delito (primera parte), Editorial Losada S. A, Buenos Aires.
17. Labatut Glens, Gustavo (2007): *Derecho penal*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
18. Lévi-Strauss, Claude (1969): *Las estructuras elementales del parentesco*, Editorial Paidós, Barcelona (traducción Marie Therése Cevasco).
19. Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes (1996): *Derecho penal. Parte general*, segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
20. Pacheco, Joaquín Francisco (1881): *El Código penal concordado y comentado*, quinta edición, tomo III, Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid.
21. Politoff Lifschitz, Sergio (1997): *Derecho penal*, tomo I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago.
22. Politoff Lifschitz, Sergio; Matus Acuña, Jean Pierre; Ramírez Guzmán, María Cecilia (2009): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
23. Politoff Lifschitz, Sergio; Matus Acuña, Jean Pierre; Ramírez Guzmán, María Cecilia (2007): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
24. Real Academia española de la lengua (2001): *Diccionario de la Real Academia española de la lengua*, tomo I, vigésima segunda edición. Editorial Espasa Calpe S. A, Madrid.

25. Rodríguez Collao, Luis (2004): *Delitos Sexuales*, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
26. Rodríguez Devesa, José María; Serrano Gómez, Alfonso (1995): *Derecho penal español. Parte especial*, XVIII edición, Editorial Dykinson, Madrid.
27. Rothhammer, Francisco; Llop, Elena (2004): *Biodiversidad. Poblaciones chilenas. Cuatro décadas de investigaciones bioantropológicas*, primera edición, Editorial Universitaria, Santiago.
28. Roxin, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Trad. de la segunda edición alemana, Editorial Civitas, Madrid (Traducción y notas Luzón Peña; Díaz y García Conlledo; De Vicente Remesal).
29. Squella Narducci, Agustín (2001): *Filosofía del Derecho*, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

#### **Artículos:**

1. Aragonés, Raúl Jorge (2010): “Sobre el origen y naturaleza del incesto en la teoría de la evolución”.  
Disponible en: <http://www.intercanvis.es/pdf/19/19-01.pdf>. Fecha última consulta: 17 de octubre 2010.
2. Bustos Ramírez, Juan (1996): “Política criminal y Estado”, en *Gaceta Jurídica*, nº 194, pp. 20-26.
3. Castaño, Laura (2004): “939 Incesto”.  
Disponible en: <http://www.cuentometro.com.ar/939.htm>. Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.
4. Ducote, Roy (1997): “Tenga cuidado con los riesgos del embarazo después de los 40 años de edad”.  
Disponible en: <http://healthlibrary.epnet.com/GetContent.aspx?token=0a1af489-5b4c-4f2d-978e-3930be13b1f6&chunkiid=122498>. Fecha de última consulta: 17 de octubre de 2010.
5. Jäger, Herbert (1969): “Política juridicopenal y ciencia”, en *Sexualidad y Crimen*, Versión de la tercera edición alemana, pp. 289-311.

6. Ortuño Navarro, Antonio (2008): “Nociones de genética”.  
Disponible en: <http://personal.telefonica.terra.es/web/yuma/cr14.htm>. Fecha de última consulta: 17 de octubre de 2010.
7. Osorio y Florit (1968): en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XV, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires, Argentina. Pp.367-370.
8. Politoff Lifschitz, Sergio (1995): “Derecho penal con medida: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista”, en *Revista Universum*, Universidad de Talca, año 10, pp. 95-106.
9. Politoff Lifschitz, Sergio (1999): “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado (A la luz del Proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17))”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 5, pp. 193-213.
10. Rodríguez Collao, Luis (2006): “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código penal”, en *Polít. crim.* n° 1, Al, pp. 1-19.

#### **Cuerpos legales vigentes y otros documentos jurídicos:**

1. Código penal de Alemania.  
Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_02.pdf).  
Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.
2. Código penal de Argentina.  
Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17>.  
Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.
3. Código penal de Chile.
4. Código procesal penal de Chile.
5. Código penal de Costa Rica.  
Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_20.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_20.pdf).  
Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.
6. Código penal de Cuba.

Disponible en: <http://www.iestudiospenales.com.ar/legislacion/codigos/228-codigo-penal-de-cuba.html>.

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

7. Código penal de Ecuador.

Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_27.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_27.pdf).

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

8. Código penal de España.

Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20100407\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20100407_01.pdf).

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

9. Código penal de Italia.

Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_59.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_59.pdf).

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

10. Código penal de México.

Disponible en: <http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9.pdf>.

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

11. Código penal de Perú.

Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080616\\_75.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf).

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

12. Código penal de Uruguay.

Disponible en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l\\_20080626\\_18.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_18.pdf).

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

13. Código penal de Venezuela.

Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.ve/leyes/6-CODIGOPENAL.pdf>.

Fecha última consulta: 17 de octubre 2010.

14. Ante proyecto del Código penal chileno.

Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/d\\_1.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf).

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

15. Boletín nº 1048-07 de 05 de noviembre de 1998; informe comisión mixta.

Disponible en: [http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?2,1004](http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?2,1004).

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

16. Boletín n° 5726-18 de 16 de enero de 2008; proyecto de ley.

Disponible en: [http://sil.senado.cl/cgi-bin/index\\_eleg.pl?5726-18](http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5726-18).

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

17. Ley n° 19.335 de 1994.

Disponible en: <http://www.bcn.cl/ecivica/docs/LEY19335.pdf>.

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.

18. Ley n° 19617 de 1999.

Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=138814&buscar=ley+19617>.

Fecha última consulta: 17 de octubre de 2010.