

Exposición sobre la derogación del delito de incesto en el proyecto de ley “sin consentimiento es violación”

Buenos días honorables miembros de esta Comisión,

Agradezco, por su intermedio presidente, la invitación a exponer respecto a un punto muy específico y preocupante de este proyecto de ley llamado “sin consentimiento es violación”.

Quisiera partir recordando una frase de Chesterton que dice que *“llegará el día en que será preciso desenvainar una espada por afirmar que el pasto es verde”*. Al preparar esta breve exposición fue inevitable recordarla, porque es a lo menos curioso verse en la necesidad de buscar argumentos jurídicos, políticos o filosóficos para afirmar que el incesto no debe ser despenalizado.

El punto que quiero abordar en esta exposición es precisamente ese: **por qué el incesto debe seguir siendo considerado delito y, por lo tanto, no debe derogarse el artículo 375 de nuestro Código Penal**. Si bien este proyecto de ley se inició con un artículo único, que buscaba modificar el artículo 361 de Código Penal, se presentó una indicación sustitutiva que incorporaba muchas modificaciones al Código... entre ellas, la propuesta de derogar el artículo 375, que tipifica el delito de incesto.

Veamos primero **qué es el delito de incesto y por qué se pretende derogarlo**, para luego **presentar los principales argumentos para sostener que debe seguir siendo un delito**.

El artículo 375 del Código Penal señala que *“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”*. Lo que castiga este delito es, entonces, el tener relaciones sexuales entre padres e hijos, abuelos y nietos, entre sobrinos y tíos, o entre hermanos. Hay algunas discusiones doctrinales respecto a si alcanza también otros parentescos, y

respecto a si alcanza o no otras conductas sexuales que no impliquen necesariamente el acceso carnal, pero eso no tiene mayor relevancia para efectos de si derogar o no el delito.

Lo central aquí es que actualmente nuestro Código Penal sí sanciona estas relaciones entre parientes, aunque haya consentimiento de ambos en dicha relación, y el proyecto de ley pretende que deje de sancionarse. **Obviamente surge la pregunta de por qué derogarlo. La fundamentación del proyecto de ley no dice nada al respecto**, pues, como mencionamos, originalmente esta derogación del artículo 375 no era parte del proyecto. En la breve historia de su tramitación, la única alusión que encontramos al punto es lo señalado por la Directora de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional, Ymay Ortiz. Ella señaló ante esta comisión que el incesto *“es una relación sexual entre parientes, adultos y consentida”* por lo que *“parece que el derecho penal no debiera ser aplicado ahí, pues parece ser más del ámbito moral”*.

Así, el Estado y la ley existirían solo con el fin de, por decirlo de un modo sencillo “evitar que nos matemos unos a otros”. **Llevado a los delitos sexuales, estos solo se justifican en la medida en que se haga algo contra la voluntad de una persona. Si hay consentimiento, no se justificaría ningún tipo de castigo.**

Entonces, lo que hay detrás de proponer eliminar el artículo 375 es **poner al individuo y su autonomía como único criterio de lo que debe estar permitido y prohibido**. Así, frente a un padre y su hija que consienten en tener relaciones sexuales, el derecho no tendría nada que decir.

Sin embargo, el Estado y el derecho no existen con la sola finalidad de evitar que nos dañemos unos a otros, sino que tienen el deber de **orientar la conducta humana hacia el bien común. Por ello se dice que las leyes tienen un fin pedagógico**. La autoridad, a través – entre otras cosas - de la ley, puede orientar al pueblo respecto a lo que es bueno y lo que es malo. La eliminación del delito de incesto va en el sentido contrario, y parece querer decir que tener relaciones sexuales

entre parientes directos no tiene nada de correcto ni de incorrecto, de conveniente o inconveniente, de bueno o de malo.

Por lo demás, el “ámbito moral” aludido por la expositora de la Fiscalía (aunque la palabra moral tenga tan “mala prensa”), dice relación con determinar lo bueno y lo malo. Y el derecho sí tiene mucho que decir a ese respecto, y de hecho lo dice. **Cuando sanciona o incentiva conductas, lo hace precisamente bajo el entendimiento de que algo es bueno o es malo.** Así, robar es moralmente malo, y por eso está penado por la ley. Lo mismo ocurre con ayudar a alguien a suicidarse: sancionar aquello requiere considerarlo “malo”, y hablar de bien y de mal es hablar de moral. Un sueldo justo es moralmente exigible, y por eso la ley regula la materia. Esto, aunque las palabras “moral” o “moralmente” generen distancia en la discusión pública.

Aquí cabe hacerse una pregunta lógica: entonces, **según esta postura, ¿la ley tiene que promover todo lo bueno y sancionar todo lo malo? Por supuesto que no.** Sería ridículo pretender que el derecho nos sancionara, por ejemplo, por hablar mal de otra persona o por ser envidiosos. Y más absurdo aun sería que fuera el derecho penal el que sancionara estas conductas, pues el derecho penal tiene un carácter de última ratio, de última opción frente a las intervenciones posibles.

¿Cuáles son aquellas conductas, entonces, que sí deben ser sancionadas por el derecho y, específicamente, por el derecho penal? **Aquellas que lesionan gravemente bienes jurídicos. Como dice el profesor Cuello Calón dice, más específicamente, que debe sancionar aquellas conductas que “lesionan gravemente bienes jurídicos individuales o colectivos, y ponen en peligro la vida social”.**

Así, por ejemplo, en el caso del delito de homicidio el bien jurídico protegido es la vida, en el caso del hurto o el robo es la propiedad **y en el caso del delito de incesto se discute: se ha mencionado, entre otros, (i) bien biológico sexual y (ii) el orden de las familias.**

El bien biológico sexual se relaciona con las eventuales malformaciones biológicas de quienes nacen producto de una relación sexual entre parientes cercanos (lo que es discutido por la comunidad científica). En realidad, ese argumento solo permitiría sancionar una relación sexual completa entre un hombre y una mujer, y no una relación homosexual entre hermanos, o entre un padre y su hija adoptiva, o entre parientes infértiles, u otras conductas de significación sexual y de relevancia distintas del acceso carnal de un hombre a una mujer. **Además, la gravedad del incesto no está dada solo por una *eventual* consecuencia biológica, sino por el acto mismo de tener una relación sexual con un pariente.** No es este el bien jurídico que se protege al sancionar el incesto.

El bien jurídico protegido es el orden de las familias, o el “orden de la familia”. **La familia es una institución reconocida y protegida por todo el ordenamiento jurídico chileno. Incluso el artículo 1 de nuestra Constitución la reconoce como núcleo fundamental de la sociedad. Por la importancia que tiene la familia, es fundamental que también el derecho penal, en armonía con el resto del ordenamiento jurídico, vele por su bien. Es evidente, por otro lado, que las relaciones incestuosas se alejan del bien de la familia y de sus objetivos, se desvían del cumplimiento de los derechos y los deberes de los miembros de la familia y, por lo tanto, de su orden. Con ello se alejan también del bien común de la sociedad, pues la familia es su núcleo fundamental.**

En conclusión, el consentimiento no es la fuente y medida de todo lo que debe ser permitido y, por lo tanto, despenalizado. La lógica tras la despenalización del incesto es la de permitir todas aquellas conductas consentidas que “no dañen a terceros”. **Bajo esa misma lógica deberían permitirse acciones tan nocivas como el auxilio al suicidio o la venta de órganos** (cuestión que, por lo demás, defendió Javier Milei hace unos meses, quien no me cabe duda que apoyaría la derogación de este artículo). Lo cierto es que hay algunas conductas que, aunque sean consentidas por todos quienes intervengan, deben ser sancionadas por el ordenamiento jurídico, incluso por el derecho penal. **Dentro de estas conductas se encuentra el incesto,**

que atenta de modo especialmente grave contra el orden de las familias y, con ello, contra el bien común.