

Santiago, cuatro de enero de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha 13 de abril de 2010, Pablo Ardouin Bórquez, Defensor Penal Público, en representación de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez, ha deducido ante este Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

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

Como antecedentes de la gestión pendiente y conforme consta de la acusación del Ministerio Público, de fecha 10 de septiembre de 2009, que se encuentra agregada a los autos, durante el mes de diciembre de 2005, en el domicilio que se indica de la comuna de Cañete, el imputado señor Sepúlveda Álvarez habría accedido carnalmente por vía anal al sujeto de sexo masculino, de iniciales A.M.M.A., nacido el año 1991 y menor de 18 años de edad a esa fecha.

En virtud de estos hechos, la Fiscalía dedujo acusación en contra del imputado como autor del delito contemplado en el mencionado artículo 365, en grado de consumado, solicitando que se le impusiera la pena de 540 días de reclusión menor en su grado mínimo, más las accesorias legales.

Atendida la pena solicitada, el Juez ordenó tener la acusación como requerimiento y continuar el proceso de conformidad a las reglas del procedimiento simplificado,

encontrándose actualmente pendiente la audiencia de juicio oral.

Indica el requirente que la aplicación del artículo 365 del Código Penal en la gestión *sub lite* genera efectos contrarios a la Constitución, en cuanto vulnera la dignidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, la libertad, el derecho a la vida privada y a la intimidad, y el contenido esencial de los derechos, consagrados en los artículos 1°, inciso primero, y 19 N°s 2°, 4°, 7° y 26° de la Carta Fundamental; y en los artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, estos últimos en relación con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

Señala el actor que el artículo 1° de la Constitución reconoce la dignidad de la persona humana como valor constitucional básico y que ello implica reconocer a todas las personas su ejercicio, lo que tiene un correlato en todos los ámbitos de la vida, incluyendo el ejercicio de la sexualidad.

Sostiene el requirente que la igualdad es otro valor esencial reconocido en el artículo 1° de la Carta, como consecuencia de la dignidad de la persona humana y como regla de interpretación configurativa del juicio de igualdad. Esta igualdad tiene dos dimensiones: la de eliminar toda discriminación arbitraria, y la de generar las intervenciones necesarias para corregir las desigualdades de hecho.

De conformidad al artículo 19 N° 2 de la Constitución, debe existir una misma ley para todos los habitantes de la República y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales

diferenciados en consideración a condiciones o atributos de carácter estrictamente personal.

Señala que el eje del principio de igualdad es lo diferente, no lo igual, que el juicio de igualdad sólo debe considerar las diferencias que resulten esenciales, y que la discriminación sea injusta no depende del hecho de la diversidad sino del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual.

Agrega que discriminar consiste en conferir un trato de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquél con el que se le compara, que discriminar es dar un trato arbitrario, y que lo que repugna al derecho, más que la discriminación en sí misma, es la arbitrariedad que ella contiene, en cuanto acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, dictado por la sola voluntad o el capricho.

Indica que, en relación con lo dispuesto en los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, acarreando también obligaciones para el Estado que debe respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la legislación interna que apruebe.

En este sentido, citando al profesor Humberto Nogueira, sostiene que *“la prohibición de diferenciar respecto de aspectos subjetivos de la persona constituye un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como asimismo a la autonomía privada”*. Agrega que la norma impugnada, precisamente, basa la diferencia en aspectos subjetivos del ser humano, cuestión que en un Estado democrático de derecho está proscrita.

Por otra parte, señala el actor que la autodeterminación sexual de las personas, como bien jurídico protegido, ha tenido reconocimiento expreso en

la legislación moderna, y alude al caso de Alemania, en que en el año 1994 se modificó el Código Penal, eliminando la prohibición de la homosexualidad masculina con menores púberes y sustituyéndola por una regla general de protección de abuso de menores.

Sostiene que la autodeterminación sexual es una consagración del derecho a la libertad, contenido en el artículo 19 N° 7° de la Constitución, ya que la configuración de delitos sexuales tiene un correlato normativo, precisamente, en los delitos contra la libertad.

Agrega que la obligación de practicar o tolerar determinadas conductas sexuales no queridas es coacción y eso es un atentado contra la libertad. Lo curioso es que en el caso de la sodomía no se atenta contra la libertad, pues a diferencia de otros delitos sexuales no hay coacción, sino simplemente una relación sexual. Concluye que la afectación a la libertad viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de quien quiere tener una vida sexual plena.

Agrega el requirente que la autodeterminación sexual puede considerarse también como parte del derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 N° 4° de la Carta Fundamental, derecho que posee un carácter defensivo, en cuanto esencialmente posibilita la exclusión de terceros respecto de ámbitos de la vida que la persona no tiene interés que sean conocidos, y que comprende el desarrollo de un plan de vida autónomo sin intervención estatal.

Añade que lo que el Estado considere como conducta sexual culturalmente aceptable es algo que queda entregado a la moral social, y que la tipificación de las prácticas homosexuales consentidas implica un atentado a la privacidad. Indica que la intromisión en los actos que tienen lugar en la intimidad del hogar con respecto a las

parejas homosexuales es algo propio de un Estado totalitario donde la observancia de los derechos fundamentales es inexistente.

Menciona, también, el requirente, que el artículo 19 N° 26° de la Ley Fundamental restringe la capacidad del legislador de limitar los derechos, límite que viene dado por el contenido esencial de los mismos, y añade que la aplicación de la norma impugnada en el caso concreto constituye un ejemplo evidente de afectación sustancial de los derechos a que se ha aludido.

Indica el actor que el texto actual del precepto impugnado -en que el legislador penaliza las relaciones libres y consentidas entre dos varones cuando quien es accedido carnalmente es mayor de 14 y menor de 18 años, y quien accede es mayor de edad- tiene su origen en la Ley N° 19.617 y es reflejo de la represión sexual que existe en nuestra legislación, donde la justificación moral encubierta de unos pocos impide la participación consentida de personas en una relación homosexual.

Sostiene que de la historia fidedigna de esta disposición -conforme a la discusión que tuvo lugar en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados y en la Comisión Mixta- se desprende que se alzaron ciertas voces siendo las más radicales, por un lado, las que proponían derogar esta figura por tratarse de conductas cuya lesividad social es inexistente, en que no existe propiamente un bien jurídico protegido y porque se contravenían disposiciones constitucionales, como la tipicidad, la falta de fundamento razonable y la igualdad, al encontrarse exento de sanción el lesbianismo, equivalente femenino de la conducta; y, por otra parte, las que proponían sancionar la sodomía por ser un delito en cuanto implica la realización de un acto contra natura e intrínsecamente

negativo, además de considerar que su despenalización llevaría a plantear diferentes derechos civiles de los homosexuales y a la consideración jurídica de sus relaciones anormales, alterando la convivencia del cuerpo social.

Agrega el requirente que el criterio que primó al establecer el texto actual del artículo 365 fue subjetivo, decidiéndose la mantención del tipo penal como un *"mal menor"* justificado por la finalidad *"ejemplificadora"* de la ley, vulnerándose de esta forma la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

En cuanto a la forma en que la aplicación del precepto impugnado al caso concreto resulta contraria a la Constitución, sostiene el actor que la aplicación del artículo 365 en la gestión pendiente genera abiertamente una discriminación arbitraria, pues se sancionará a su representado por una relación sexual con una persona de su mismo sexo menor de 18 y mayor de 14 años, libremente consentida y en que no concurren las circunstancias del estupro o de la violación, pero no serán sancionadas penalmente las relaciones sexuales libremente consentidas entre un hombre y una mujer cuando cualquiera de ellos sea menor de 18 y mayor de 14; entre dos mujeres siendo una de ellas menor de 18 y mayor de 14, ni entre un hombre mayor de 18 y un hombre menor de dicha edad y mayor de 14, cuando sea este último quien acceda carnalmente.

Así, afirma que la diferencia que hace la norma cuestionada constituye una persecución de una minoría, sancionando el ejercicio legítimo de la autodeterminación sexual, y que si la libertad sexual o la indemnidad sexual fuera el bien jurídico protegido, habría una inconsistencia evidente del legislador al no considerar

la homosexualidad femenina en el tipo penal y al preterir la conducta en que el menor es el que accede carnalmente.

Agrega que nos encontramos frente a una discriminación arbitraria en razón de género, pues respecto de los hombres mayores de 14 y menores de 18 años, algunas partes de su cuerpo son individuales y otras estatales, y que la diferencia anotada no es ni razonable ni objetiva.

Por otro lado, indica que la privacidad no sólo se afecta por la conminación del tipo penal, sino que en un segundo momento se afectará por el proceso penal ya que tanto el imputado como la presunta víctima deberán revelar detalles íntimos, en circunstancias que si los hechos hubiesen tenido lugar entre un hombre y una mujer no tendrían por qué hacerlo.

Como consideración final, indica el actor que esta Magistratura -que ejerce privativamente el control concentrado de constitucionalidad- ha resuelto que su competencia limita en el mérito de la norma sometida a revisión. Sin embargo, ello no la inhibe del deber de resolver si los actos se ajustan o no a la Constitución, de modo tal que, requerida para que se pronuncie acerca de la plausibilidad de las razones que se tuvieron en cuenta para dar el trato diferenciado al que se ha hecho mención, procede que asuma la defensa de la Carta Fundamental, incluso respecto de la ley, que sólo manifiesta la voluntad soberana cuando respeta la supremacía constitucional.

Por resolución de fecha 11 de mayo de 2010, la Primera Sala de este Tribunal Constitucional admitió a tramitación el requerimiento interpuesto y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión en que incide. Posteriormente, por resolución del día 27 del mismo mes y año, dicha Sala lo declaró admisible. Pasados los autos

al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y del Ministerio Público (Fiscalía Local de Cañete), sin que se formularan observaciones dentro de plazo.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 9 de septiembre de 2010 se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y el alegato del abogado de la Defensoría Penal Pública, Fernando Mardones Vargas, por el requirente, y

**CONSIDERANDO:**

**I. El conflicto de constitucionalidad sometido a esta Magistratura.**

**PRIMERO:** Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*;

**SEGUNDO:** Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”*;

**TERCERO:** Que, como se ha indicado en la parte expositiva, Jorge Washington Sepúlveda Álvarez,

debidamente representado por el Defensor Penal Público, Pablo Ardouin Bórquez, ha solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete. Ésta es precisamente la gestión pendiente que autoriza interponer la presente acción constitucional;

**CUARTO:** Que la gestión judicial individualizada precedentemente tiene su origen en la causa criminal incoada por el fiscal del Ministerio Público de Cañete, en la cual se solicita la aplicación, al requirente, de una pena de 540 días de reclusión menor en su grado mínimo más accesorias legales, especialmente las previstas en los artículos 370 y 372 del Código Penal, en la calidad de autor del delito previsto en el artículo 365 del Código Penal;

**QUINTO:** Que el precepto cuya inaplicabilidad se solicita señala:

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

**SEXTO:** Que, como se lee en el requerimiento y ha sido ratificado en estrados, la inaplicabilidad del precepto legal indicado se funda en que su aplicación en la gestión judicial ya descrita vulneraría los artículos 1°, inciso primero, y 19 N°s 2°, 4°, 7° y 26° de la Carta Fundamental. Además, se estiman transgredidas las disposiciones contenidas en los artículos 1.1. y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los artículos 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7° de la Declaración Universal de

Derechos Humanos, estos últimos en relación con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución;

## **II. Antecedentes respecto del delito de sodomía.**

### **1. Evolución del artículo 365 del Código Penal.**

**SÉPTIMO:** Que, como señala el Informe en Derecho, "La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal", acompañado a estos autos, cuyos autores son varios profesores de Derecho, el referido precepto ha tenido tres redacciones. La redacción original (1875-1972) se limitaba a sancionar con pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) a *"el que se hiciere reo de sodomía"*, figura conocida como *"sodomía simple"*. Hasta ese momento existía consenso en que la conducta punible era la sexualidad realizada entre varones libremente, siendo ambos igualmente culpables. Como sostiene Luis Rodríguez Collao, *"la supresión de la figura de la sodomía simple obviamente se debe a los reparos que ella merecía por vulnerar el principio de taxatividad (pues no mencionaba con exactitud el hecho incriminado) y el principio de lesividad, porque en una relación sexual libremente consentida entre personas adultas no existe un bien jurídico necesitado de protección (...)"* ("Delitos sexuales." Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 249).

La redacción intermedia del artículo 365 del Código Penal (1972-1999) se debe a la modificación introducida por la Ley N° 17.727, de 1972, que agregó dos nuevos incisos al precepto original sancionando con penas aflictivas y de crimen los supuestos de comisión de sodomía con los medios o en las circunstancias características del delito de violación, esto es, el uso de fuerza o intimidación, privación de razón o sentido de la víctima o su condición de menor impúber, considerando

como tal al menor de 14 años. Esta figura fue conocida como "violación sodomítica".

La tercera redacción del precepto que se analiza es la que introdujo la Ley N° 19.617, de 1999, cuyo contenido y alcances se analizarán enseguida;

## **2. Redacción actual del artículo 365 del Código Penal.**

**OCTAVO:** Que la Ley N° 19.617, de 1999, modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación.

La tramitación del proyecto que culminó con la dictación de la referida ley se inició con un Mensaje enviado a la Cámara de Diputados en agosto de 1993, habiendo sido despachado sólo en junio de 1999.

Así, durante casi seis años, el tema fue objeto de acalorados debates parlamentarios, en los cuales diversas posiciones fueron expuestas y debatidas y numerosos temas fueron analizados, tales como la despenalización o retipificación de la sodomía, el verbo rector a emplear, la edad del sujeto pasivo, la no concurrencia de otros delitos y la posibilidad de contemplar a la mujer como el sujeto activo del delito. Finalmente, conforme señaló el senador Larraín, se optó por la restricción del delito al acceso carnal de un varón a otro menor de 18 años sin que medien las circunstancias que configuran violación o estupro, pues esta tipificación *"permitió resolver de alguna manera las diferencias de opinión"* existentes sobre la materia. (Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 339<sup>a</sup>. Extraordinaria, Sesión N° 13, de 22 de diciembre de 1998, p. 27);

**NOVENO:** Que, pese a la divergencia de opiniones sobre los distintos temas debatidos, del estudio de la historia legislativa se desprende que la protección del menor de edad comprometido en la sodomía fue una

consideración transversal y permanente, conforme se demostrará a continuación.

El Mensaje del Ejecutivo, con el cual se inició la tramitación legislativa de la referida norma (Boletín N° 1048-07), proponía la modificación al delito de sodomía solamente como una consecuencia de la ampliación del delito de violación, el cual pasaría a abarcar tanto a hombres como mujeres en cuanto posibles víctimas. Por eso se derogaban los incisos segundo y tercero del artículo 365, que regulaban el delito de violación sodomítica, toda vez que se incluía esa figura en la nueva redacción del artículo 361, relativo a la violación, y que era del siguiente tenor:

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

*Comete violación el que tuviere acceso carnal sin la voluntad de la otra persona sea por la vía vaginal, anal o bucal. En especial, se comete violación en alguno de los siguientes casos:*

*1° Cuando se usare fuerza o intimidación.*

*2° Cuando la persona se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, y se abusa de su enajenación.*

*3° Cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiera resistir.*

*4° Cuando la víctima sea menor de doce años cumplidos, aun cuando sea con su voluntad.*

*El juez podrá aplicar la pena inferior en un grado en el caso del cónyuge que comete el delito mediante la circunstancia primera, segunda o tercera.”;*

**DÉCIMO:** Que de la lectura de dicho Mensaje se desprende que la protección de los menores de edad fue

considerada un factor determinante para la proposición de la modificación legislativa en cuestión.

Se afirmaba, en tal sentido, que el 71,5% de las víctimas de delitos de violación, estupro, violación sodomítica y abusos deshonestos eran menores de edad. Esta cifra de descomponía en 7,3 % de menores de 4 años, 31% de menores de 9 años y 57,3% de menores de 14 años. La cifra restante (aproximadamente un 5%) correspondía a los menores entre 18 y 14 años.

En el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, evacuado durante el primer trámite constitucional, se sostuvo, en relación con el mismo punto que *“este tipo de víctimas (se refería a los menores de edad), en general, no se sienten agredidas como las personas adultas, que tienen conciencia de la situación que se produce. Sólo tienden a darse cuenta de que fueron objeto de un delito o agresión sexual cuando ya son adultos.”* (Informe de 10 de mayo de 1995, p. 2).

Por esa razón y considerando las distintas valoraciones formuladas durante el debate respecto del delito de sodomía, la Comisión propuso, en un primer momento, suprimir la disposición original del inciso primero del artículo 365 del Código Penal y establecer, en su reemplazo, una disposición nueva que sancionara al adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de 10 de mayo de 1995, p. 15);

**DECIMOPRIMERO:** Que, de la misma forma, durante el primer trámite constitucional, el diputado Ignacio Walker aclaró que el proyecto de ley sólo despenalizaba las

relaciones homosexuales entre adultos, libremente consentidas y en privado, y agregó que sólo se mantenía la penalización cuando la víctima es un menor de 18 años de edad porque *“consideramos que a esa edad hay suficiente evolución psicosexual, una madurez”* (Cámara de Diputados. Legislatura 331. Sesión 08. Fecha 13 de junio de 1995. Discusión general, p. 80).

Por otro lado, durante el segundo trámite constitucional en el Senado, según se desprende del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, la representante del Ministerio de Justicia, doña Clara Szczeransky, expresó su opinión en el sentido de que era conveniente la solución de la Cámara de Diputados de limitar la tutela penal a las relaciones sodomíticas de un adulto con un menor, destinada a proteger el libre desarrollo sexual de éste y a asegurar su indemnidad (Informe de 22 de enero de 1997, p. 32);

**DECIMOSEGUNDO:** Que, por su parte, durante el trámite de Comisión Mixta, se optó por la redacción de la Cámara en lugar de la del Senado, esto es, por retipificar el delito de sodomía en lugar de mantenerlo con la redacción previa a este proyecto de ley. Para arribar a esta decisión se tuvo presente que el propósito del proyecto era proteger a los menores de edad, el que se conseguía con la nueva redacción y, además, no era afectado por la despenalización de la sodomía consentida entre adultos.

Asimismo, la Comisión Mixta discutió sobre la edad a partir de la cual la sodomía pasaba a ser impune. Se propusieron tres límites: 14, 16 y 18 años. Las dos primeras propuestas tenían en consideración la edad que exige la ley para ser responsable penalmente. Así, la diputada Guzmán proponía 14 años porque un proyecto de ley sobre tribunales de familia ya ingresado había

propuesto ese límite y otros diputados proponían 16 años porque ésa era la edad en que en la época de discusión de esa ley se examinaba el “discernimiento del menor”. Sin embargo, finalmente la votación se inclinó por fijar la edad de despenalización de la sodomía en los 18 años por 4 votos contra 3. En este mismo tema, se discutió si se debía exigir una “diferencia apreciable de edad” entre el hechor y la víctima para que tuviera lugar este delito. En ese sentido, se propuso contemplar una excusa legal absolutoria para aquellos casos en que la diferencia de edad fuera inferior a 4 años. Esta idea también fue rechazada por la Comisión por 4 votos contra 3.

En la discusión en Sala, realizada con ocasión del Informe de la Comisión Mixta, la diputada Guzmán señaló que el delito se había retipificado, puntualizando que ahora se sancionaba el acceso carnal a un varón menor de edad y subrayando que con ello se protege al menor de edad, por su mayor vulnerabilidad. A su turno, el diputado Bustos explicó que la sodomía se limitaba a los casos de abusos sobre la libertad de otra persona y queda sólo restringida a aquellos casos en que hay un abuso sobre el menor (Informe de 15 de diciembre de 1998, pp. 16 y 18, respectivamente);

**DECIMOTERCERO:** Que, de todo lo señalado hasta ahora, se puede concluir que los parlamentarios se hicieron cargo de los puntos polémicos relativos a la sodomía y las discusiones fueron permeadas por la preocupación respecto a la protección del menor y su indemnidad sexual, culminando con la consagración de la actual redacción del artículo 365 del Código Penal;

**DECIMOCUARTO:** Que, a su turno, la doctrina especializada, sin perjuicio de eventuales críticas al tipo legal en cuestión, coincide en que el bien jurídico que se protege es la indemnidad sexual del individuo

(Rodríguez Collao, ob. cit., p. 251). Más específicamente, se trata de amparar la indemnidad sexual de los menores de 18 años (Aguilar Aranela, Cristián. "Manual de delitos sexuales", Ed. Metropolitana, 2006, pp. 113 y ss. En el mismo sentido, Garrido Montt, Mario, "Derecho Penal". Tomo III. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2002, pp. 428-433).

Para Antonio R. Bascuñán, el bien jurídico protegido es el desarrollo libre de perturbaciones de la autodeterminación sexual del menor ("Delitos contra la autodeterminación sexual". Material de Estudio, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 76 y ss.). A su turno, el profesor Garrido Montt señala que lo que se busca es el amparo del normal desarrollo del menor y la consolidación de su sexualidad, entendiéndose que la conducta tipificada constituye un peligro potencial para el desarrollo sexual normal de los menores de edad (ob. cit.). Luis Rodríguez Collao explica, por su parte, que *"de acuerdo con el sentido que corresponde atribuir al propósito de tutela que subyace en esta figura, un menor asumirá dicho papel (de víctima del delito) cuando en razón de su edad y estado de experiencia personal, esté en situación de poder ser afectado psíquica o emocionalmente en un sentido que pueda alterar el normal desarrollo de su sexualidad."* (Ob. cit., p. 253).

Cristián Aguilar Aranela (ob. cit.) y el propio Luis Rodríguez Collao (ob. cit.) van incluso más lejos, toda vez que consideran a la sodomía como una genuina hipótesis de corrupción de menores;

**DECIMOQUINTO:** Que, conforme se desprende de la historia fidedigna del precepto impugnado y de lo afirmado por la doctrina especializada, el tipo que contempla el artículo 365 del Código Penal tiene como

objeto la protección de los menores de edad, de su bienestar físico y psicológico y de su indemnidad sexual.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, indemnidad significa *“estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio”*.

En el caso de la sodomía, el legislador entendió que la práctica de actos sexuales entre un hombre mayor y un menor de 18 años de su mismo sexo, acarrearía daños o perjuicios a este último, en lo que dice respecto a su desarrollo psicosocial;

**DECIMOSEXTO:** Que, en lo que se refiere al verbo rector y a los elementos del tipo constitutivo del delito de sodomía, puede observarse que el primero está definido por las expresiones *“el que accediere carnalmente”* contenidas en el artículo 365 del Código Penal, debiendo entenderse que se trata del acceso carnal de un varón a otro varón. Como explica Rodríguez Collao, *“el tipo exige que el hechor y la víctima sean personas del mismo sexo, y no siendo posible (por la naturaleza de las cosas) que aquella conducta sea ejecutada por una mujer, es suficientemente claro que lo que aquí se sanciona es el acceso carnal de un varón a otro varón.”* (Ob. cit., p. 251).

En segundo lugar, debe tratarse del acceso carnal que se realiza por vía anal. Esta es la opinión de Rodríguez Collao, para quien ha de darse una interpretación estricta al precepto de que se trata. Precisa que *“el tipo de corrupción de menores no indica la vía a través de la cual ha de realizarse el acceso carnal (...). Para comenzar, como la violación y el estupro especifican las cavidades a través de las cuales ha de realizarse el acceso, el solo hecho que el tipo de corrupción de menores no haga lo propio, es demostrativo de una voluntad más restrictiva para el caso de este*

*último. Pero lo más importante es que las prácticas de sexo oral, en estricto rigor, no constituyen una forma de penetración, salvo que expresamente se les dé ese carácter en virtud de una ficción, como efectivamente lo hacen los artículos 361 y 363.*" (Ob. cit., pp.351-352).

Otros autores, como Raimundo González, sostienen, en cambio, que *"el acceso carnal, al referirse al sujeto activo hombre, es la penetración anal o bucal."* En este caso, sigue explicaciones entregadas por el profesor Gustavo Labatut antes de la reforma operada por la Ley N° 19.617 en el año 1999. (*"Tesis de los delitos de violación, incesto y sodomía según la Ley 19.617"*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, noviembre de 2000, pp. 65 y 73);

**DECIMOSÉPTIMO:** Que tratándose, ahora, de los sujetos del delito, se ha sostenido que, atendida la naturaleza de la conducta exigida, el sujeto activo debe ser un varón, bastando que sea imputable. En relación con el sujeto pasivo debe tratarse de un varón también, que tenga más de doce años, pero menos de dieciocho. (Rodríguez Collao, ob. cit., p. 252).

En rigor, el artículo 365 del Código Penal sólo se refiere *"a una persona menor de dieciocho años de edad"*, lo que obliga a efectuar una interpretación sistémica de este precepto con el resto de la normativa contenida en el Código Penal.

Así, podría concluirse que, en realidad, debe tratarse de un menor de dieciocho pero mayor de 14 años de edad, pues de lo contrario se aplicaría el tipo previsto en el artículo 362 del Código Penal: *"el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años"* sin concurrir las circunstancias propias del delito de violación tipificado

en el artículo 361. Esta interpretación se confirma si se observa que los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 quáter introducen la edad de corte de las conductas respectivas en los 14 años de edad.

Con todo, la exigencia de que el menor de edad asuma el papel de víctima del delito es un elemento objetivo del tipo contenido en el artículo 365 del Código Penal, sin cuya concurrencia aquél no puede tenerse por configurado (Rodríguez Collao. Ob. cit., p. 253).

Finalmente, el tipo de la sodomía se completa con la exigencia de que el acceso carnal se realice *“sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro”*. Es decir, ello exige que el menor de edad que es accedido no actúe presionado -física o moralmente- por su pareja sexual, que no se encuentre en una situación de desvalimiento ni en una posición de dependencia respecto del otro individuo, y que no sea, en fin, ignorante o inexperto en materias sexuales, porque en todos esos casos el título de castigo se desplazaría hacia los delitos de violación o estupro. (Rodríguez Collao. Ob. cit., p. 252);

### III. **Consideraciones en torno al mérito de la obra del legislador.**

**DECIMOCTAVO:** Que, en este punto del análisis, resulta necesario detenerse en una de las argumentaciones esgrimidas por el requirente recordando la jurisprudencia asentada por esta Magistratura -que ejerce privativamente el control concentrado de constitucionalidad- en cuanto a que su competencia limita en el mérito de la norma sometida a revisión. Ello no la inhibiría, a su juicio, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a la Constitución, de modo tal que, requerida para que se pronuncie acerca de la plausibilidad de las razones que se tuvieron en cuenta para dar el trato diferenciado al

que alude, procede que asuma la defensa de la Carta Fundamental, incluso respecto de la ley, que sólo manifiesta la voluntad soberana cuando respeta la supremacía constitucional;

**DECIMONOVENO:** Que, efectivamente, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que el control constitucional que ejerce limita en el mérito del acto impugnado o controlado, criterio con el que coinciden los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo y también la doctrina especializada.

En este contexto, se ha afirmado que “ (...) *el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional (...).*” (Sentencia Rol N° 591, considerando 9°).

Ha agregado que “*en el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido.*” (Idem);

**VIGÉSIMO:** Que los márgenes constitucionales a que se ha aludido antes dicen relación, básicamente, con los derechos fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas, ya no sólo desde un punto de vista

subjetivo, mirado desde la perspectiva del titular del derecho, sino que también desde un prisma objetivo que supone aceptar que tales derechos constituyen hoy la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico positivo;

**VIGESIMOPRIMERO:** Que, en relación con la política criminal, esta Magistratura ha sostenido, asimismo, que ésta *“se formula y se ejecuta en un determinado contexto social y es producto de la decisión de los órganos colegisladores que responden a sus demandas. (...) Desde luego, la primacía del legislador para establecer la política criminal está sujeta a límites provenientes del principio de humanidad y de las normas emanadas de él que han sido consagradas en los textos de derecho positivo nacional e internacional. La prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, así como las condiciones de dignidad en que los condenados deben cumplir sus penas, representan fronteras nítidas dentro de las cuales se puede mover el establecimiento de la política criminal en cualquier país o comunidad civilizada. Dentro de tales marcos, se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los objetivos propuestos (...).”* (Sentencias Rol N° 825, considerando 9°, y Rol N° 1.328, considerando 14°);

**VIGESIMOSEGUNDO:** Que, en consecuencia, el examen que se realizará a continuación tiende a determinar si la tipificación del delito de sodomía que efectúa el artículo 365 del Código Penal puede importar, en su aplicación al caso concreto de que se trata, una vulneración de determinados derechos fundamentales, como los que han sido invocados por el requirente. Esta forma de proceder no vulnera, por lo dicho, el respeto al

mérito inherente a las decisiones que adopta el legislador ni a las decisiones de política criminal que le son privativas, sino que sólo constituye una expresión del mecanismo de los *checks and balances* que son indispensables en un Estado de Derecho;

#### **IV. Vulneración de la igualdad ante la ley.**

**VIGESIMOTERCERO:** Que, desde el punto de vista de las infracciones constitucionales, el requirente aduce, en primer término, que la aplicación del artículo 365 del Código Penal en la causa que sustancia el Juzgado de Garantía de Cañete, RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, genera una discriminación arbitraria, pues se sanciona a su representado por sostener una relación sexual con una persona de su mismo sexo menor de 18 y mayor de 14 años, relación que ha sido libremente consentida y en la que no concurren las circunstancias del estupro o la violación. En consecuencia, se establece una diferencia carente de justificación entre aquella situación y la que se produce entre un hombre y una mujer cuando cualquiera de ellos sea menor de 18 y mayor de 14; o con la situación de dos mujeres siendo una de ellas menor de 18 y mayor de 14; o la de un hombre mayor de 18 y otro menor de dicha edad y mayor de 14, cuando es este último quien accede carnalmente. Nos encontraríamos, entonces, ante una discriminación arbitraria en razón de género que constituiría una inconsistencia evidente del legislador al no considerar, dentro del tipo penal, a la homosexualidad femenina y al preterir la conducta en que el menor es el que accede carnalmente;

**VIGESIMOCUARTO:** Que la evolución jurisprudencial de la igualdad ante la ley en esta Magistratura ha sido ampliamente recordada en la sentencia Rol N° 1414, de la cual se pasan a reproducir algunos considerandos:

*"(...) este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad". (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219)." (Considerando 14°).  
" (...) como lo ha anotado esta Magistratura, "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de*

*arbitrario (Rol N° 986/2008).” (Considerando 15°);*

*“ (...) como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.” (Considerando 16°);*

*“(…) como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados (Rol N° 1414).” (Considerando 17°);*

**VIGESIMOQUINTO:** Que para el adecuado análisis de la alegación del requirente, es conveniente recordar que el precepto impugnado sanciona las relaciones sexuales entre un adulto mayor de edad y un menor de 18 y mayor de 14

años. En el caso concreto, a la fecha de los hechos, diciembre de 2005, el requirente, nacido el 16 de julio de 1972, tenía 33 años de edad y el menor accedido, de iniciales A.M.M.A, nacido el 16 de septiembre de 1991, había recién cumplido 14 años;

**VIGESIMOSEXTO:** Que, tratándose de menores de edad, el establecimiento de una protección especial en materia de delitos sexuales no es una práctica extraña al derecho penal chileno, conforme se observa en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis del Código del ramo.

Asimismo, en diversas ocasiones se consagra una protección especial a las víctimas cuya edad se encuentra en el tramo de 14 a 18 años, como se desprende de los artículos 363, 365 bis N°3, 366, inciso segundo, 366 quáter, inciso tercero, y 367 ter del Código Penal;

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Que, en otro orden de materias, diversos preceptos legales han consagrado también una protección especial a la infancia y a la juventud. Este es el caso, entre otros, de los artículos 222, 226, 227, 234 y 236 del Código Civil; de los artículos 13, incisos tercero y final; 14, 15, 16, 17 y 18 del Código del Trabajo; de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 19.620, sobre adopción de menores; del artículo 3° de la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar; de los artículos 16 y 68 a 80 de la Ley N° 19.968, que crea los Juzgados de Familia; del artículo 2° de la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente; de los artículos 1°, inciso final, 12, incisos segundo y tercero, y 13, inciso primero, de la Ley N° 18.838, que crea el Consejo Nacional de Televisión, y de los artículos 1°, inciso final, y 10 a 13 de la Ley N° 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica;

**VIGESIMOCTAVO:** Que, de acuerdo a lo que se expuso anteriormente, en el caso del artículo 365 del Código

Penal el fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la etapa adulta. De esta forma, por mucho que la relación aparezca como consentida -a diferencia de la violación sodomítica comprendida hoy en el tipo de la violación-, el legislador ha entendido que dicho consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, pues aquél no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar.

Además, tratándose la sodomía de un delito de mera actividad, cuya antijuridicidad radica en la posición desmedrada en que la conducta realizada deja al menor, discurre justificadamente el legislador al estimar que la penetración que sufre no puede ser un episodio inocuo o baladí para éste, sino que, por el contrario, lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual.

En este sentido, desde la doctrina especializada se ha sostenido que *"el adolescente es, a su propia manera, inocente e inexperto, a pesar de la madurez de sus capacidades y apetitos. Su curiosidad sobre el sexo es avasalladora, pero aún no están claros sobre los significados sexuales y los códigos de propiedad sexual. Tienen menos control de sus impulsos y también se encuentran menos claros sobre sus orientaciones sexuales, además de ser vagos en cuanto a su responsabilidad sexual"*

(...) *El compañero adolescente es, en algunos sentidos, él mismo, un niño (...).*" (David Finkelhor. "El abuso sexual al menor: causas, consecuencias y tratamiento psicosexual." Editorial Pax, México, 1980, p. 114).

Así, la finalidad perseguida por el legislador, en el artículo 365 del Código Penal, es objetiva y concordante con el resto de la legislación que se ha citado como protectora de la niñez. Su concreción es consonante, a su vez, con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental que impone al Estado el deber de "dar protección a la población", lo que adquiere una especial connotación cuando se trata de los más desvalidos.

Asimismo, se ajusta a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en cuanto a la prevalencia del "interés superior del niño", entendiéndose por tal a *"todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."* (Artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por Decreto Supremo N° 380, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre del mismo año).

Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia (OC-17/02 de 28 de agosto de 2002). (El subrayado es nuestro);

**VIGESIMONOVENO:** Que, en efecto, la referida Convención dispone, en su artículo 3.1, que: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social,*

*los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".*

En un intento de definición, la profesora Gloria Baeza Concha señala que el "interés superior del niño" es "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar". La autora entiende que "el bienestar de un niño estará dado, mirado desde un prisma legal, al lograr la aplicación de las normas de la Convención, en especial la del artículo 3°, ya citado, que exige la consideración de este "interés superior del niño" al tomar cualquier determinación, sea en el ámbito público, privado, judicial, administrativo o legal" y señala que "el concepto abarca además la obligación de elegir las alternativas que permitan el desarrollo moral e intelectual del niño dentro de la sociedad". ("El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia". En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, no. 2, abril-junio 2001, pp. 355-362).

A su turno, Gonzalo Aguilar Cavallo señala que "aun cuando algunos autores señalan que la geometría variable del concepto hace difícil su definición, Zermatten propone que el principio significa que "el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad

de medida para cuando varios intereses entran en convergencia". ("El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Revista de Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 223-247).

Conforme señala Miguel Viveros Vergara, cuando se trata del interés superior del niño, *"lo prudente y razonable según un buen padre de familia o las buenas intenciones no son suficientes"* ("La legislación y el interés superior del niño". En: Revista Universitaria No. 64, 1999, pp. 54-58);

**TRIGÉSIMO:** Que este principio ha sido recogido también por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, según la cual: *"[1]as razones básicas de esta protección a los niños y a los adolescentes son: i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos"* (Sentencia C-318/03). (El subrayado es nuestro).

El principio de protección especial *"ya había sido consagrado en el orden internacional por la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959. La Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en este principio al señalar que "[...] la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales"*. Además, la Declaración

*y Programa de Acción de Viena durante la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos reiteró este principio al indicar que el niño merece “una mayor protección” (...) En el ámbito regional americano, el artículo 19 de la Convención Americana dispone que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Aguilar Cavallo, Gonzalo. Ob. cit., pp. 223-247);*

**TRIGESIMOPRIMERO:** Que, ante todo lo expuesto, forzoso es concluir que el precepto impugnado no contiene una discriminación arbitraria o carente de razonabilidad, ya que se fundamenta en los principios del interés superior del niño y de protección especial, contemplados en instrumentos de derecho internacional que son parte del ordenamiento jurídico chileno, en los términos del artículo 5° de la Constitución Política Chilena, y que obligan a los órganos del Estado -entre ellos, el legislador- a su respeto y promoción.

El legislador, en opinión de estos sentenciadores, ha obrado dentro de la órbita de sus potestades constitucionales al referir la protección del menor, en materia de autodeterminación e indemnidad sexual, a las relaciones sodomíticas en que juega un papel pasivo, por entender, razonablemente, que se trata de un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual;

**TRIGESIMOSEGUNDO:** Que corresponde, enseguida, hacerse cargo del argumento esgrimido por el requirente en el sentido de que se vulneraría también la igualdad ante la ley desde el momento en que el precepto legal impugnado sólo sanciona el acceso carnal consentido entre varones del mismo sexo cuando el accedido es menor de 18

y mayor de 14 años de edad, sin hacer lo mismo respecto de las mujeres.

Un primer argumento para desechar tal alegación es de carácter biológico. Dice relación con el verbo rector de la conducta descrita en el artículo 365 del Código Penal. Durante la discusión de la Ley N° 19.617, el argumento que se sostuvo en la elaboración del segundo informe del Senado era que el término "acceso carnal" se refiere a la penetración genital o coito. Por tanto, sólo puede "acceder carnalmente" aquel agente que posea un órgano genital masculino, esto es, el varón. En cambio, los términos "por vía vaginal o anal" (utilizados en los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal) no se refieren a los órganos del autor del delito sino a los de la víctima, razón por la cual tanto la mujer como el varón pueden ser víctimas idóneas de violación o estupro (Lucía Carolina Valdivia Cerón. "Elementos para la interpretación histórica de los delitos sexuales". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, 2001, pp. 25-26).

Luego, la tipificación del delito de sodomía no discrimina respecto de las mujeres, pues no podría concebirse que una relación sexual entre ellas pudiera contemplar "acceso carnal" en el sentido de penetración por un órgano genital distinto;

**TRIGESIMOTERCERO:** Que, en segundo término, el fin perseguido por el legislador al establecer el delito de sodomía en el artículo 365 del Código Penal fue el de proteger a los menores de 18 y mayores de 14 años de edad que no gozan de la madurez suficiente para comprender los alcances y consecuencias en su propia vida de un "acceso carnal" libremente consentido. Como se ha recordado, *"este tipo de víctimas (los menores de edad), en general,*

*no se sienten agredidas como las personas adultas, que tienen conciencia de la situación que se produce. Sólo tienden a darse cuenta de que fueron objeto de un delito o agresión sexual cuando ya son adultos".* Además, en un contexto de excepción respecto de la autonomía para consentir sexualmente, la protección especial que brinda la figura tipificada en el artículo 365 del Código Penal se justifica desde que la voluntad de la víctima no es garantía suficiente de eliminación del menoscabo que, claramente, experimenta.

La discusión parlamentaria sostenida a raíz del proyecto de ley modificatorio del Código Penal en la materia que nos ocupa, y que dio lugar a la Ley N° 19.617, de 1999, discurre entre dos ejes: la idea de la despenalización del delito de sodomía y la consagración de un tipo penal que, como se ha dicho, protegiera a los menores de edad como víctimas de este delito. Se convino en que los adultos que consintieran privadamente en ejecutar este tipo de actos quedaban al margen de cualquier tipo de penalidad, basado en opiniones como la del diputado José Antonio Viera-Gallo, quien afirmó que *"ninguna sociedad democrática puede considerar delito las relaciones sexuales libremente consentidas entre personas maduras, que no producen ningún tipo de escándalo público y no lesionan ningún valor de bien común."* (Cámara de Diputados. Legislatura 331<sup>a</sup>. Sesión 8, de 13 de junio de 1995, p. 86). (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones.

Por lo demás, del hecho de que la ley penal no pueda perseguir la sola condición u orientación sexual de nadie, no se sigue que deba dispensar un estatuto uniforme e indiscriminado de impunidad respecto a todas sus conductas o manifestaciones concretas. Menos, cuando ciertas y determinadas prácticas conllevan -en sí mismas- el peligro de causar perniciosas e irreversibles consecuencias para otros.

El impacto inmediato de la experiencia, el grave riesgo de corrupción y la consiguiente afectación del libre desarrollo de la sexualidad son, así, claros fundamentos del artículo 365 del Código Penal. Ello tiende, como se ha dicho, a proteger el interés superior del niño y a asegurar su mayor realización material y espiritual posible, como ordena el inciso cuarto del artículo 1° de la Carta Fundamental, al definir el bien común o fin del Estado; lo anterior, con independencia de la inclinación sexual o el consentimiento mutuo que se presten los partícipes del acto. En el caso del agresor, nunca podría aceptarse que la relación sodomítica con un menor de edad fuere la vía para reafirmar su particular opción sexual. Efectivamente, en ese supuesto, la víctima -menor de edad- pasaría a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del varón mayor de edad, lo que repugna a la concepción constitucional de persona, como sujeto esencialmente digno, consagrada en el inciso primero del artículo 1° de la Constitución.

Debe tenerse presente, por último, que las hipótesis de penetración anal, vaginal o bucal de hombres o mujeres en forma no consentida se encuentran comprendidas en las figuras típicas de los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal, incluyendo el caso de las víctimas menores de edad;

**TRIGESIMOCUARTO:** Que, por lo expresado, no puede estimarse, tampoco, que exista una discriminación arbitraria y, por ende, carente de razonabilidad, en la tipificación del delito de sodomía, al que se refiere la gestión judicial pendiente. Ello, porque, como se ha expresado, revela la intención actual del legislador de proteger la indemnidad de un menor de edad varón, por el impacto que la conducta típica reviste en su desarrollo psicosocial;

#### **V. Vulneración de la privacidad.**

**TRIGESIMOQUINTO:** Que el requirente entiende, por otra parte, que el precepto impugnado vulnera la garantía del artículo 19 N° 4° de la Constitución, en cuanto la “autodeterminación sexual” debe ser considerada como parte del derecho a la privacidad que esa norma asegura;

**TRIGESIMOSEXTO:** Que esta Magistratura ha señalado que *“el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad”* (considerando 21°, Rol N° 389).

Asimismo, ha enfatizado que *“la privacidad, en sus variados rubros, por integrar los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como también por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebrados entre éstos”* (considerando 20°, Rol N° 521);

**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Que, por otro lado, sin dejar de reconocer la efectividad e importancia de la consagración constitucional del derecho a la privacidad, este Tribunal ha subrayado *“el carácter no absoluto de los derechos*

*fundamentales, es decir, de aquellos que están reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo, nacional e internacional. Es así como los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación)”(considerando 21°, Rol N° 1365);*

**TRIGESIMOCTAVO:** Que el derecho a la privacidad, entendido por nuestro Constituyente como *“la posición de una persona o entidad colectiva personal en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”* (Corral Talciani, Hernán, citado por Vivanco M., Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 345), no puede ser concebido como un derecho absoluto, protegido contra cualquier tipo de limitación legal;

**TRIGESIMONOVENO:** Que la primera hipótesis en la cual se admite la intromisión estatal en la vida privada de sus administrados es la práctica de hechos delictuales.

Conforme relata Ángela Vivanco, *"en el caso de Diane Pretty, en abril del presente año [2006], se discutió si la negativa de proporcionarle suicidio asistido por parte del Estado inglés - al tratarse de una figura prohibida por la Suicide Act de 1961 - podía considerarse un atentado contra la vida privada y familiar, y el tribunal [la Corte Europea de Derechos Humanos] desestimó tal pretensión, considerando que la privacidad no incluye el derecho a ser muerto por un tercero ni alcanza a conductas criminales de otras personas, aun consentidas"* (Curso de Derecho Constitucional, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, P. 345).

En el ámbito de los delitos sexuales, el Supremo Tribunal Federal de Brasil señaló que *"la inviolabilidad de la intimidad no es un derecho absoluto a ser utilizado como garantía a la permisión de la práctica de delitos sexuales, principalmente frente a otros principios consignados en la Carta Magna. Así, la propia Constitución, en su artículo 227, §4º, es enfática al determinar que "la ley sancionará severamente el abuso, la violencia y la explotación sexual del niño y del adolescente", actos que se practican, en la mayoría de las veces, en la intimidad"* (Sentencia HC 79285 / RJ, de 31/08/1999).

En ese mismo sentido, se destaca la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso X e Y versus Holanda (1985), concerniente a abuso sexual en perjuicio de una niña, de 16 años de edad y con discapacidad mental, -con consecuencias traumáticas para la víctima directa, agravando sus disturbios mentales-. La Corte señaló que el concepto de "vida privada" (bajo el artículo 8 de la Convención Europea) abarcaba la integridad física y moral de la persona (inclusive su vida sexual). En el caso, - agregó la Corte - "valores

*fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada*" estaban en cuestión, y requerían la adopción de medidas positivas por parte del Estado para asegurar el respeto por la vida privada también en la esfera de las relaciones inter-individuales. La Corte concluyó que el Estado demandado había violado el artículo 8 de la Convención, por cuanto las disposiciones pertinentes del Código Penal holandés no aseguraban a la víctima una "protección práctica y eficaz". (European Court of Human Rights, case of X and Y versus The Netherlands, Judgment of 26.03.1985, Series A, n. 91, pp. 11-14, esp., párrafos 7-8, 22-23, 26-27 y 30. Citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002);

**CUADRAGÉSIMO:** Que, en segundo lugar, se permiten limitaciones al derecho a la privacidad en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior.

En Chile, éste es el caso de la Ley N° 19.846, sobre calificación de la producción cinematográfica, que establece la calificación por edades, consignándose las recomendaciones respectivas dentro de cada categoría.

Las categorías contempladas son las de "todo espectador", "mayores de 14 años" y "mayores de 18 años". Además de la calificación, se agregan expresiones orientadoras como "contenido educativo", "inconveniente para menores de siete años" y "contenido pornográfico o excesivamente violento", esta última para mayores de 18 años.

Este sistema configura una intervención en la vida privada de los consumidores de la producción cinematográfica, pero, por otro lado, potencia la protección de la infancia y la adolescencia, así como su desarrollo psicológico y social, conforme destaca el

inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo normativo;

**CUADRAGESIMOPRIMERO:** Que, en vista de una finalidad fundada y razonable, el ordenamiento jurídico chileno contempla la posibilidad de que el derecho a la privacidad esté afecto a limitaciones legales. En el caso de autos, conforme se indica en el acápite anterior, el artículo 365 del Código Penal fue dictado con la importante finalidad de resguardar la integridad física, síquica y espiritual del adolescente, como es el caso del menor A.M.M.A., víctima, en la especie, del delito contemplado en el referido precepto legal.

En ese contexto, la protección de la privacidad cede frente a un menor de edad que no tiene la madurez ni la capacidad suficiente para ponderar las consecuencias de una conducta que pugna con la actual escala de valores preponderante en la sociedad chilena -según se desprende del debate parlamentario- y, por lo mismo, puede ocasionar dificultades, problemas y conflictos a lo largo de toda su vida personal y social;

**CUADRAGESIMOSEGUNDO:** Que, habida consideración a lo expresado, este Tribunal desechará la alegación consistente en que la aplicación del artículo 365 del Código Penal, en la gestión criminal pendiente a que se refieren estos autos, vulnera el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 N° 4° de la Carta Fundamental y así se declarará;

**VI. Vulneración de la libertad personal y de la dignidad de la persona humana.**

**CUADRAGESIMOTERCERO:** Que el requirente afirma, en otro orden de ideas, que *“la autodeterminación sexual de las personas es una consagración del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política pues la configuración de delitos*

*sexuales tiene un correlato normativo, precisamente, en los delitos contra la libertad”;*

**CUADRAGESIMOCUARTO:** Que, de la lectura de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, encargada de la redacción del anteproyecto de la Constitución Política de 1980, se desprende que la definición del contenido de la garantía del artículo 19 N° 7° fue objeto de intenso debate.

El comisionado Ortúzar entendía *“la garantía relacionada con la libertad personal en el sentido de que nadie puede ser detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto”* (Sesión 84ª, p. 27). Agregaba que *“por de pronto, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por las Naciones Unidas, contemplan este derecho. El artículo 1° de la Declaración Americana, suscrita en Bogotá, establece: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas”. Exactamente lo mismo dice el artículo 3° de la Declaración Universal: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.””* (Sesión 84ª, p. 29).

En su participación, el profesor Guzmán Dinator subrayó que el recurso adecuado para proteger la libertad personal del ciudadano es el de *“habeas corpus”* (Sesión 96ª, p. 381);

**CUADRAGESIMOQUINTO:** Que durante la discusión sostenida al interior de la Comisión de Estudio se destacaron dos posturas distintas: de un lado, el profesor Silva Bascuñán afirmaba que *“son tres los grandes aspectos muy íntimamente vinculados, pero que en cierta medida se llegan a confundir y que conviene esclarecer: lo que es la libertad individual, lo que es*

la libertad de locomoción y lo que es la seguridad individual o garantías de la detención. (...) ¿Y qué es lo que fundamentalmente el constituyente debe asegurar en relación con la libertad individual? La facultad de cada persona para actuar en la forma en que ella cree que es más favorable al desarrollo de su personalidad, **sin más limitaciones fundamentales –le parece– que lo que esté expresamente prohibido por la ley y lo que vaya en perjuicio de terceros.** Ésa es la esencia de la libertad individual. Estima que, dentro de nuestra tradición jurídica, (...) lo anterior se debe consagrar en forma positiva, garantizando el libre ejercicio de la actividad individual en pro del desarrollo pleno de cada persona, de acuerdo con el concepto que cada cual tenga de sus vocaciones y aptitudes (...) Enseguida, le parece conveniente tratar el tema de la libertad de permanencia en cualquier parte del territorio y la facultad de trasladarse de un punto a otro; de salir del territorio de la República y de entrar en él, con una referencia a las restricciones que podrían establecerse en cuanto a la libertad de locomoción. (...) Lo tercero es lo que propiamente se llama la seguridad individual, o sea, la garantía que tiene la persona de no ser repentinamente impedida en el ejercicio de su libertad individual mediante una detención que la imposibilite para actuar en todos los aspectos en que ella quiere desarrollar su actividad." (Sesión 106ª, p. 607). (Las negritas son nuestras);

**CUADRAGESIMOSEXTO:** Que, a su turno, el señor Evans "en principio se declara de acuerdo en hacer esa distinción, pero desea ver cómo la concreta, toda vez que sobre este particular tiene algunas reservas (...), en el sentido de que decir que la libertad personal implica la habilitación para el pleno desarrollo de la personalidad

es, a su juicio, francamente discursivo e innecesario, ya que cree que todas las garantías constitucionales habilitan al hombre, en mayor o menor grado, para el pleno desarrollo de su personalidad" (Sesión 106ª, p. 614).

A propósito, el comisionado Ovalle afirmó que "la libertad personal, sin duda, asume dos aspectos esenciales, tomada la expresión en el sentido restrictivo como él la considera: la libertad de movimiento, de permanecer, de trasladarse, de salir y de entrar al territorio y el derecho a no ser detenido, preso, desterrado o extrañado sino en conformidad a la ley. Esos son los aspectos esenciales que en lo objetivo y material asume este derecho" (Sesión 106ª, p. 616).

El comisionado Evans intervino nuevamente cuestionándose: "¿Es cierto que lo que la Constitución garantiza es la libertad? ¿O garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad? El hombre tiene libertad. Pero **lo que el ordenamiento jurídico positivo le garantiza es el derecho a ejercer la libertad dentro de márgenes de seguridad para él y para los suyos.** ¿A desarrollar qué cosa? No a desarrollarse plenamente: a desarrollar su existencia; a desarrollar su vida".

"Así es como enfoca la primera parte de lo que el señor Silva Bascuñán cree necesario introducir en la Constitución, lo cual se podría llamar "la esencia", "el nudo de la libertad" y que él, personalmente, define como el derecho a desarrollar su vida en la comunidad en que nació y donde está viviendo: el derecho a desarrollar la vida".

"En seguida, ¿cómo desarrolla el hombre su vida?: radicándose, residiendo – término que el señor Ovalle ha propuesto introducir en la Constitución y que él considera extraordinariamente acertado– pudiendo moverse,

*pudiendo salir, entrar, volver a su país, ausentarse de él, etcétera."*

*"Y, además, el tercer elemento que en su opinión debe mantenerse, es el de que dentro de este derecho a la libertad y a la seguridad personales, como garantía de él, esté la consagración del principio de que nadie puede ser privado de su libertad a través de cualquier expresión, como la detención, la prisión preventiva, etcétera, sino en la forma prevista por la ley."* (Sesión 106<sup>a</sup>, p. 620). (Las negritas son nuestras).

El señor Ortúzar entendió que *"la indicación del profesor Evans tiene la virtud, entonces, de precisar que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho a la libertad y la seguridad personales. O sea, cubre dos aspectos fundamentales: el de la libertad personal y el de la seguridad personal. ¿Para qué? Para desarrollar su existencia"* (Sesión 106<sup>a</sup>, p. 621);

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO:** Que, a estas alturas del debate, el comisionado Silva Bascuñán señaló que, *"para los efectos de la interpretación de la Constitución, desearía que el autor de la indicación, don Enrique Evans, expresara si la palabra "existencia" se refiere no sólo a la mera subsistencia física, sino que también a la plenitud de una vida realmente humana en todos los aspectos; o sea, a la personalidad, palabra que no se emplea en virtud de que la expresión "persona" está ya mencionada un poco antes. De manera que entiende que el término "existencia" equivale exactamente, en toda su amplitud, al desarrollo de la personalidad. En su indicación no se usa la palabra "personalidad", porque antes se habla de la libertad personal"* (Sesión 106<sup>a</sup>, p. 624).

En respuesta, el señor Evans aseveró que *“el término “existencia” comprende la vida, y la vida involucra todos los aspectos en que el hombre se desenvuelve: su vida espiritual, su vida cultural, su vida física, su vida deportiva, etcétera. Entonces, la expresión “vida” es demasiado escueta para ser puesta en el texto constitucional, y por eso prefirió el término “existencia”, que refleja todo lo que el hombre puede realizar, todo lo que el hombre aspira a realizar en su vida”* (Sesión 106ª, p. 624).

El señor Ovalle expresó que no le gustaba la expresión *“para desarrollar su existencia”*, pues creía que *“desde el momento que se consagra el derecho a la libertad y seguridad personal no es sólo para desarrollar su existencia: es para forjar su personalidad, para vivir conforme a esos principios”* (Sesión 107ª, p. 639).

El comisionado Evans hizo presente que *“en esta disposición **no se trata de la libertad en términos amplios, porque todo el cuadro de las garantías constitucionales consagra un conjunto de libertades, sino que se trata de la libertad personal.** Hay que poner este apellido, porque se está tratando de esa garantía. De manera que la expresión “personal” debe quedar.”*

*“En seguida, agrega, que no se trata de la seguridad en general, sino de la seguridad personal. De manera que el adjetivo “personales” referido a los sustantivos libertad y seguridad debe mantenerse.”*

*“A continuación explica que la expresión “el desarrollo de la existencia” se incorporó porque el señor Silva Bascuñán era partidario –conforme al concepto que desarrolló acerca de la libertad personal– de fijar la expresión genérica, la expresión madre de lo que es el sentido de la libertad personal. Y él hablaba del “desarrollo de la personalidad”. Y lo decía, recordando*

que hay constituciones que así lo establecen. Debe recordarse que se tuvo a la mano, entre otras, las Constituciones de Venezuela y de Alemania. Pero como el término "desarrollo de la personalidad" implicaba una repetición de la idea, de la expresión "personal", que debe mantenerse porque se refiere a la libertad y a la seguridad, el señor Evans sugirió sustituir la expresión "desarrollo de la personalidad" por "desarrollo de la existencia". Lo sugirió así porque, vuelve a repetir, el concepto "desarrollo de su existencia", al hacerlo en libertad y en seguridad personal, está abarcando en ese desarrollo todas las expresiones posibles de su personalidad en el ámbito estrictamente privado, en el ámbito familiar, en el ámbito cultural, en el ámbito social, en el económico, en el de las ideas, en el de los bienes materiales. En todos los planos, desarrollar la existencia significa abarcar todo este conjunto de bienes jurídicos. De manera que por eso es partidario de no modificar lo propuesto por él." (Sesión 107<sup>a</sup>, p. 640). (Las negritas son nuestras);

**CUADRAGESIMOCTAVO:** Que, ante todo lo expuesto, se observa, en primer lugar, la existencia de consenso en el sentido de que la libertad personal consagrada en el numeral 7° del artículo 19 de la Constitución debe ser entendida como libertad ambulatoria. Pese a las discusiones sobre la posibilidad de que la garantía en comento fuera ampliada a otras esferas jurídicas, más allá de la libertad de locomoción, ésta fue la posición que finalmente predominó en la redacción de la Carta Constitucional, marcando una diferencia con otros ordenamientos constitucionales del mundo;

**CUADRAGESIMONOVENO:** Que, en ese sentido, entiende la doctrina que la libertad personal se identifica con la "libertad física, de movimiento y de actividad del

*individuo, comprendiendo dos aspectos: uno interno, como es el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de Chile, pudiéndose trasladar libremente dentro de él, y otro externo, como es el derecho de entrar y salir de su territorio (...).*" (Vivanco M., Ángela. Curso de Derecho Constitucional, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p. 326);

**QUINCUAGÉSIMO:** Que, desde este punto de vista, es posible afirmar que el Constituyente de 1980 no entendió el derecho a la libertad personal como comprensivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad ni menos de la autodeterminación sexual. Como ha quedado en evidencia, la tesis original del comisionado Silva Bascuñán de proceder en tal sentido fue expresamente descartada y asumida una configuración del derecho consagrado en el artículo 19 N° 7° de la Constitución, mucho más acotada;

**QUINCUAGESIMOPRIMERO:** Que el hecho de que el Constituyente haya adoptado la última alternativa reseñada no significa desconocer que el libre desarrollo de la personalidad constituye una expresión de la dignidad de toda persona, que se encuentra afirmada enfáticamente en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental.

Sin embargo, de lo anterior no puede colegirse que el libre desarrollo de la personalidad constituya fundamento legítimo para atropellar los derechos de otros seres humanos igualmente dignos. Éste es, precisamente, el basamento constitucional del derecho penal. Lo que éste trata de resguardar son bienes jurídicos asociados a derechos de las personas que pueden verse atropellados por la libre expresión de la personalidad de quien decide actuar en contra del estándar socialmente deseable para una convivencia pacífica y civilizada. El reproche social

se manifiesta, precisamente, en la imposición de una pena a quien no ejerce su libertad en forma adecuada.

En consecuencia, quien practica el acceso carnal definido por el artículo 365 del Código Penal puede estar desarrollando libremente su personalidad, pero no puede desconocer que, al proceder de esa forma, se constituye en la causa de afectación de la indemnidad de un menor de edad y de su desarrollo psicosocial, que éste no es capaz de dimensionar en toda su magnitud al prestar su consentimiento voluntario;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO:** Que, habida consideración a lo expresado, este Tribunal decidirá que, en la gestión pendiente de que se trata, la aplicación del artículo 365 del Código Penal tampoco vulnera el derecho a la libertad personal asegurado en el artículo 19 N° 7° de la Carta Fundamental, como asimismo que el valor de la dignidad humana, aludido en su artículo 1°, inciso primero, no puede estimarse menoscabado cuando las decisiones adoptadas en ejercicio de la libertad sustancial que a todos nos asiste, llegan a lesionar el desarrollo de la personalidad de quien, a su vez, está en la etapa inicial su vida. En consecuencia, así se declarará.

**Y VISTO** lo dispuesto en los artículos 1°, inciso primero, 5°, inciso segundo, 19, N°s. 2°, 4° y 7°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

**1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.**

2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 66, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.

3) QUE NO SE CONDENA EN COSTAS AL REQUERENTE POR ESTIMAR QUE HA TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto, pero no comparte los considerandos 48° y 50°, teniendo además presente lo siguiente:

**I. IGUALDAD ANTE LA LEY.**

1. Que, complementando lo afirmado en el capítulo IV del fallo, y tal como se señala en la sentencia y lo ha resuelto reiteradamente esta Magistratura (Roles N°s 231, 242, 465, 473, 541, 591, 786 y 1065, entre otros), el legislador posee un margen razonable de libertad para determinar las conductas típicas punibles, siempre y cuando ellas no importen infracción a los derechos fundamentales y a la Carta Política.

Dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que *"la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución"*; concluyendo el Tribunal galo -en el ámbito de una modificación a la ley penal- que *"dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el **juicio del Parlamento** por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos"*. (Vid. David Dokhan, Les limites du contrôle de la constitutionnalité des

actes législatifs”, 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, especialmente páginas 450 y siguientes). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: *“La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad”*. Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido que: *“El legislador es libre, dentro de los límites que la Constitución establece, para **elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas**. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional”*. En el mismo sentido, en Alemania, se ha precisado que *“mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, **el parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración**, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es competente para examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la **fórmula de solución más justa**”* (Helmut Simon, La Jurisdicción Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, varios autores, 1996, p. 851). De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en “50 años de Jurisprudencia del

Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92). Por último, en el caso de Italia, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional, particularmente el artículo 28 de la Ley 87, del 11 de marzo de 1953, que veda a dicho órgano de control constitucional *"cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento"*;

2. Que ahora bien, en lo relativo a la interpretación del artículo 365 del Código Penal, norma que se impugna en estos autos, ella corresponde sea efectuada por el sentenciador de la instancia, para lo cual puede tenerse en consideración, en relación a la eventual afectación de la igualdad ante la ley, complementando lo expresado en los considerandos 32 a 34 de la presente sentencia, lo señalado por doctrina autorizada, conforme a la cual *"en el texto vigente se omite hacer referencia expresa a la voz 'sodomía' y se precisa que la acción sancionada es el acceso carnal a una persona menor de dieciocho años del mismo sexo, lo que significa que el legislador extendió el ámbito delictivo, además de la sodomía, al lesbianismo y, de otro lado, restringió el tipo penal, limitándolo a los menores de edad exclusivamente, de manera que el mismo comportamiento practicado por mayores de dieciocho años de edad es atípico"* (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, p. 431);

3. Que adicionalmente este previniente tiene presente que la acción impetrada, en los términos que se encuentra formulada, tiene más bien el carácter de hipotética, teórica y abstracta, lo que no se compadece con la naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad. Como lo ha señalado reiteradamente esta

Magistratura, dicha acción tiene un carácter concreto, de suerte tal que, para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso específico ha de resultar contraria a la Constitución, tal como lo preceptúa el artículo 93, N° 6, de la Constitución Política de la República. En efecto, *“la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en un caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”* (Rol N° 546/2006). Lo anterior se desprende de la simple lectura del requerimiento. Tampoco las escuetas palabras (cuatro líneas) contenidas en el escrito presentado por parte del Ministerio Público, con motivo de la admisibilidad, permiten formarse cabal idea de cómo la aplicación del precepto legal en el asunto concreto produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República;

## **II. DESARROLLO LIBRE DE LA PERSONALIDAD.**

4. Que, por su lado, en relación a la infracción al libre desarrollo de la personalidad, analizada en el capítulo IV de la sentencia, este previniente tiene en consideración la circunstancia de que efectivamente nuestra Carta Fundamental, si bien no contiene un reconocimiento expreso al mismo, como es el caso de otros ordenamientos jurídicos, tales como la Ley Fundamental alemana (artículo 2 N° 1) o la Constitución de España (artículo 10 N° 1), lo cierto es que ello se deduce implícitamente de lo señalado en los artículos 1° y 19 N° 7 de la Constitución Política de la República;

5. Que, en efecto, esta Magistratura ha señalado que si el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los

integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, según su artículo 1º, inciso cuarto, *“puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto ‘derecho’.* Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el **libre y pleno desarrollo de la personalidad humana**” (Rol 634, consid. 21º). Del mismo modo, se ha sostenido que la libertad supone cierto “poder de autodeterminarse” (Rol 184, consid. 7º);

6. Que incluso durante la discusión del artículo 19 N° 7 de la Carta Política, se dejó constancia por lo demás que la libertad personal comprende la libertad de movimiento y locomoción, la seguridad individual y la “facultad de poder actuar libremente para el pleno desarrollo de la personalidad” (Alejandro Silva Bascuñán, CENC, sesión 106, p. 11). Por ello, la doctrina especializada ha señalado que *“en un contexto amplio, la libertad personal dice relación con el libre desarrollo de la personalidad, con el derecho de cada cual de decidir su rol en la sociedad, de disponer la forma en que desee realizarse en lo personal. La libertad personal es el fundamento de una sociedad democrática, y está vinculada a la libertad natural de los seres humanos y a su dignidad. Por ello es más extenso y pleno que el mero resguardo de la libertad de desplazamiento y residencia”* (Teodoro Ribera Neumann, El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución, en Temas actuales de Derecho Constitucional, 2009, p. 249);

7. Que en suma, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que forma parte de la libertad personal, tutelada en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, teniendo como necesaria contrapartida el respeto de las limitaciones legales y, adicionalmente, de los legítimos derechos de terceros, como lo ha indicado esta Judicatura (roles N° 519, 576, 1006 y 1518). Tal como se expresa latamente en la sentencia, en relación al tipo penal contemplado en el artículo 365 del Código Penal, se trata de la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad que, en el caso de autos, tiene 14 años de edad y que ha sido accedido por una persona de 33 años.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney,** quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido, en virtud de las siguientes consideraciones:

**I. LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA.**

**PRIMERO.** Que el requirente sostiene que la aplicación al caso concreto del artículo 365 del Código Penal resulta contraria a la Constitución, pues infringe la dignidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, el derecho a la vida privada e intimidad, la libertad y el contenido esencial de tales derechos.

El voto de mayoría rechaza el requerimiento sosteniendo tres argumentos. En primer lugar, aduce que el precepto en cuestión no afectaría la igualdad ante la ley pues la norma respondería a una opción de política legislativa legítima, cual es la protección de la integridad física y psíquica de los púberes menores de

edad, agregando que ello no resulta discriminatorio. En segundo lugar, señala que no se afecta el derecho a la intimidad, pues a su juicio la Constitución admite limitar la vida privada en pos de la protección de un bien superior como lo sería en este caso la protección de los menores. En tercer lugar, sostiene que no se afectaría la libertad personal, pues el artículo 19 N° 7 de la Constitución únicamente reconocería la libertad ambulatoria;

## **II. ANÁLISIS DE LA NORMA IMPUGNADA.**

**SEGUNDO.** Que a continuación examinaremos el contenido del precepto cuya aplicación se impugna, su lugar en el ordenamiento jurídico, sobre todo después de la reforma del año 1999 al Título VII del Libro II del Código Penal, mediante la Ley N° 19.617, y determinaremos entonces si su aplicación al caso concreto podría resultar contraria a la Constitución.

El precepto en cuestión señala:

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

**TERCERO.** Que los elementos del delito son, en primer lugar, un sujeto activo de sexo masculino.

En segundo lugar, un interviniente pasivo, que sólo puede ser un sujeto de su mismo sexo mayor de 14 y menor de 18 años.

En tercer lugar, la conducta objeto de sanción consiste en acceder carnalmente a otro - por vía anal o bucal, conforme a lo planteado por algunos autores (por ejemplo BULLEMORE, VIVIAN, Y JOHN MACKINNON, *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Ed. Legalpublishing, 2ª

ed., 2007, pp. 167), o bien sólo por vía anal conforme a lo planteado por otros (por ejemplo, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 2000, pp. 252)-. No requiere esta penetración ser completa; basta que haya ingresado en el interior del cuerpo ajeno. Tampoco se requiere eyaculación, basta el acceso.

Finalmente, este delito supone siempre y en toda circunstancia la concurrencia del consentimiento libre de la víctima, quien está en pleno uso de sus facultades mentales, sin presión, sin desvalimiento, sin posición de dependencia, ni engaño, ni coacción de ninguna clase y sin mediar dinero;

**CUARTO.** Que es importante considerar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los mayores de 14 años y menores de 18 el derecho a tener relaciones sexuales consentidas con personas de igual o mayor edad. La Ley N° 19.617 elevó la edad para ejercer responsablemente la libertad o autodeterminación sexual de 12 a 14 años, justamente para proteger a los menores, luego de algunos casos de pedofilia.

Coincidentemente con lo anterior, la Ley N° 20.084 (artículo 3°) determinó también en 14 años el umbral de la responsabilidad penal de los adolescentes, estableciendo una regla especial para las causas por delitos sexuales en que concurren adolescentes con una escasa diferencia de edad (artículo 4°);

**QUINTO.** Que, en contraste con el resto del ordenamiento, el artículo 365 del Código Penal, en cuestión, establece la protección de los menores púberes varones para un determinado tipo de conducta sexual, al no reconocerles la posibilidad de consentir el acceso carnal en su cuerpo por parte de una persona mayor del mismo sexo;

**SEXTO.** Que, por otra parte, es importante subrayar que, en lo que se refiere al sujeto activo de esta conducta, únicamente pueden cometer este delito los hombres que accedan carnalmente a un menor púber, es decir, a un varón menor de 18 años y mayor de 14 años.

Se encuentran, en consecuencia, excluidas de la hipótesis comisiva las mujeres en cuanto sujetos activos. Tal conclusión se desprende, en primer lugar, del sentido del artículo 365 del Código Penal, toda vez que exige expresamente el "acceso carnal". Ello ha sido corroborado por la doctrina nacional mayoritaria (RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: *Delitos sexuales*, Op. cit., pp. 249 y ss.; BULLEMORE, VIVIAN, Y JOHN MACKINNON: *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Op. cit., pp. 166 y ss.; AGUILAR ARANELA, CRISTIÁN: *Manual de delitos sexuales*, Ed. Metropolitana, 2006, pp. 113 y ss). En segundo lugar, se confirma por la historia de la norma. El tipo contenido en el artículo 365 vino a reemplazar a la penalización de la sodomía consentida entre adultos, delito que siempre se concibió cometido sólo entre varones. En efecto, el actual artículo 365 fue introducido en el Código Penal por la Ley N° 19.617, que derogó la figura de la sodomía entre varones adultos, dejando subsistente la figura penal que se contiene en la norma actual;

**SÉPTIMO.** Que, tal como lo reconoce el voto de mayoría en su considerando 17°, únicamente se sanciona dicha conducta cuando el sujeto pasivo de la misma es un menor púber varón, es decir, del mismo sexo del hechor. Idéntica conducta es atípica respecto de una relación heterosexual análoga, es decir, habiendo acceso carnal por parte de un varón a una joven menor de 18 y mayor de 14 años;

**OCTAVO.** Que, en conclusión, el delito previsto y sancionado en el artículo 365 del Código Penal únicamente

puede ser cometido por un varón al penetrar a un varón mayor de 14 años y menor de 18, quien consiente libremente en ello.

En cambio, no es punible, en primer lugar, que un hombre acceda carnalmente a una mujer mayor de 14 y menor de 18 años. En segundo lugar, tampoco es punible si quien realiza el acceso carnal es el menor de 18 años respecto de un mayor de edad. En tercer lugar, tampoco es punible la conducta homosexual entre adultos. En cuarto lugar, no se castiga la conducta homosexual entre mujeres, cualquiera sea la edad o la acción sexual que éstas ejecuten. Por último, tampoco se sanciona al hombre o la mujer que introduce en el ano o en la boca de un hombre o mujer mayor de 14 y menor de 18 años un objeto similar a un pene;

**NOVENO.** Que, como se observa, el precepto legal en análisis castiga un determinado comportamiento sexual que, practicado entre otros sujetos, o con un grado de intervención diferente, no es penado. Ello, como se dirá más adelante, es la base de la discriminación arbitraria que se argumentará para sostener la inconstitucionalidad del precepto objetado;

### **III. PROPÓSITO DEL TIPO PENAL.**

**DÉCIMO.** Que el precepto en cuestión fue introducido por la Ley N° 19.617, de acuerdo a cuya historia fidedigna la norma en cuestión fue entendida como una solución de compromiso para lograr la despenalización de la sodomía entre adultos y como una señal destinada a precaver una expansión de la homosexualidad, como sostuvieron algunos parlamentarios (véase el Informe de la Comisión Mixta, Boletín N° 1048-07);

**DECIMOPRIMERO.** Que, por otra parte, la norma no busca proteger a los menores de abuso ni de coacción por parte

de los adultos, pues para ello se contemplan los delitos de violación, estupro y abuso sexual, previstos en los artículos 361, 362, 363, 366, 366 bis, 367, 367 bis, 367 ter y 373 del Código Penal;

**DECIMOSEGUNDO.** Que, por ello, sostener que el artículo 365 pretende proteger a los menores púberes de las actividades sexuales traumáticas, omite considerar que los supuestos de hecho de la norma no incluyen ningún tipo de abuso, engaño, coacción o daño. No hay razones para afirmar que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo sean *per se* coercitivas. Al respecto se ha señalado que *“las personas homosexuales tienen exactamente la misma libertad que las heterosexuales para elegir involucrarse o no en relaciones íntimas, porque esa libertad procede del ser persona y no de la orientación sexual”* (CHOMALI, FERNANDO: *La Homosexualidad. Algunas consideraciones para el debate actual acerca de la homosexualidad*. Centro de Biomédica, Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2010, p. 33).

Tampoco puede sostenerse que la norma busca proteger la inmunidad sexual de los menores púberes, pues éstos pueden libremente: mantener relaciones sexuales consentidas con personas del sexo opuesto desde los 14 años; mantener relaciones sexuales con adultos del mismo sexo siempre que sean ellos quienes acceden carnalmente al otro; mantener interacciones sexuales que impliquen penetración del ano o la boca utilizando objetos o adminículos similares a un pene, o realizando otras conductas de significación sexual no constitutivas de pornografía infantil.

Lo anterior queda en mayor evidencia al analizar el precepto en cuestión en relación con la Ley N° 20.084. El artículo 4° de dicha ley estableció que los menores de 18 años no son perseguibles por el delito previsto en el

artículo 365 del Código Penal, si la diferencia de edad entre ambos intervinientes es menor a dos años. Conforme a esta norma, no son procesables los varones menores de 18 cuando la diferencia de edad de éstos con el varón al que acceden carnalmente es inferior a 2 años.

Sin embargo, tal como fue planteado por diversos profesores de Derecho Penal en el Informe en Derecho titulado "La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal", acompañado por la Defensoría Penal Pública en autos, se produce como consecuencia práctica que la punibilidad del autor se incrementa una vez que aumenta la edad de la víctima y éste cumple la mayoría de edad, pues en tal caso no le beneficia la eximente prevista en el artículo 4° de la Ley N° 20.084. Según los autores de dicho informe - suscrito por catorce profesores de Derecho Penal de todo el país - *"dependiendo de la interpretación que se sostenga en relación con la mención que el artículo 4° de la Ley 20.084 hace al artículo 365 del Código Penal se tiene que cuando existe una diferencia de edad no superior a 2 (o 3) años entre el autor del acceso carnal y el menor que es objeto de acceso carnal, no se puede procesar a quien accede a un menor de 12 o 13 años, pero sí a quien accede a un menor de 14 o más años, o bien no se puede procesar a quien tiene menos de 18 años de edad pero sí al que ha cumplido 18 años. Dado que el menor que es objeto de acceso carnal tiene una diferencia de no más de 2 (o 3) años con el autor del delito, lo anterior implica que mientras más edad tenga el menor que es objeto de acceso carnal mayor es la punibilidad de quien accede carnalmente a él. No existe razón alguna que justifique esta consecuencia. Conforme a la penalidad establecida por la ley para los delitos de los artículos 362 (crimen) y 365 (simple delito sin pena aflictiva), y conforme a la justificación*

*de la punición de esos comportamientos en la protección del menor, es obvio que el acceso carnal constituye un atentado más grave mientras menor sea la edad que tiene la víctima. Sin embargo, la aplicación del artículo 365 produce como consecuencia práctica que la punibilidad del autor del acceso carnal se incrementa con el aumento de la edad de la víctima. Por lo tanto, la vigencia del artículo 4º de la Ley 20.084 hace inconstitucionalmente arbitraria, por infracción del artículo 19 N° 2, inciso segundo, de la Constitución, la punibilidad que es consecuencia de la aplicación del artículo 365 del Código Penal."*

En este sentido, resta considerar que esta norma protege a los menores simplemente de la "homosexualidad" entendida como una manifestación inherentemente lesiva, lo cual deja entrever un desconocimiento de ese fenómeno y un razonamiento homofóbico;

**DECIMOTERCERO.** Que la historia legislativa demuestra que se buscó legitimar la norma impugnada sobre la base de argumentos moralizadores y homofóbicos. Basta citar algunos de los fundamentos que se esgrimieron en la Cámara de Diputados, en cuyo seno se adoptó el texto finalmente aprobado, con leves modificaciones por la comisión mixta. El diputado Moreira sostuvo que *"la despenalización puede ser el inicio de una serie de otras propuestas que indudablemente socavan los valores sociales y atentan contra la familia y el bien común"*. Por su parte, el entonces diputado García Ruminot afirmó que la homosexualidad era *"una lacra y que combatirla evitaría campañas del SIDA y otras infecciones por ella provocada y que son un castigo de Dios a toda la comunidad homosexual"*. Luego, el entonces diputado Chadwick afirmó que despenalizar la sodomía significa que *"una conducta anormal desde el punto de vista de la*

*naturaleza humana, se transforma en normal y se le da el carácter de lícita". Con ello, agregó, "se genera una tendencia, pues quienes la apoyen después deberán defender también el otorgamiento de la igualdad y el otorgamiento de derechos a las personas homosexuales". En la misma línea, el entonces diputado Bayo sostuvo que el proyecto "incrementa lo antinatural o amoral entregando una orientación desafortunada e irresponsable a los jóvenes.";*

#### **IV. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.**

**DECIMOCUARTO.** Que antes de entrar a analizar la constitucionalidad de la aplicación de la norma, resulta necesario plantear ciertos criterios interpretativos que guiarán el análisis de constitucionalidad del precepto que harán estos disidentes;

##### **1. Efecto del principio democrático en materia penal.**

**DECIMOQUINTO.** Que, en primer lugar, cabe tener presente que, conforme al principio democrático, el legislador es libre para determinar razonablemente los requisitos para castigar una conducta. Por ejemplo, los rangos de edad conforme a los cuales configura la punibilidad de determinadas conductas. Así, es perfectamente válido que se establezcan dentro de las condiciones de punibilidad determinados rangos de edad de los sujetos involucrados. Ello explica la diferencia entre los delitos de violación, en el artículo 361 del Código Penal, y de estupro, en el artículo 363; y entre los delitos de violación, en el artículo 361 del Código Penal, y la violación "impropia", del artículo 362;

**DECIMOSEXTO.** Que, sin embargo, cuando el legislador determina el ámbito de lo punible, estableciendo qué conductas son delitos según rangos de edad y qué edades se instituyen como límite de punibilidad, debe hacerlo al

amparo de la Constitución, como lo establecen su artículo 6° y los preceptos que consagran el control de constitucionalidad de las leyes. Es decir, el legislador, al restringir derechos por medio del Derecho Penal, no puede establecer diferencias arbitrarias fundadas exclusivamente, por ejemplo, en el sexo u orientación sexual de las personas. El Derecho Penal tiene límites al momento de definir delitos que involucren la esfera sexual -por definición íntima- de las personas;

**DECIMOSÉPTIMO.** Que las normas penales, por lo demás, deben someterse a un test más estricto de proporcionalidad, por la intensidad de la afectación que las mismas provocan. El Derecho Penal es la herramienta más invasiva de control del Estado y la más intensa en afectación de derechos y libertades; por lo mismo requiere un mayor cuidado en su configuración y el control constitucional a que se somete debe ser estricto. En este sentido, para estos disidentes es importante lo que la doctrina penal nacional sostiene respecto de este delito. En efecto, ha acusado la existencia de una discriminación arbitraria desde hace al menos diez años. Así, para Luis Rodríguez, el precepto *"introduce un factor de discriminación entre hombres y mujeres y deja abierta la posibilidad para interpretar este delito como una forma de sancionar el simple ejercicio de la homosexualidad masculina y no el sentido de corrupción que la norma penal le confiere"* (RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: *Delitos sexuales*, Op. cit., pp. 249 y ss). En el mismo sentido, para Bullemore y Mackinnon, este precepto constituye derechamente *"una discriminación arbitraria"* (BULLEMORE, VIVIAN, Y MACKINNON, JOHN: *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. Op. cit., pp. 166 y ss.). Aun otros autores han sostenido que el delito en cuestión *"corresponde a un atavismo cultural que, si ha de*

*estimarse válido como protección del menor, no se comprende por qué sólo protege a los menores varones y no a las menores mujeres” (POLITOFF, SERGIO, JEAN PIERRE MATUS Y MARÍA CECILIA RAMÍREZ: Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica, 2004, pp. 270-271);*

## **2. Existencia de categorías sospechosas.**

**DECIMOCTAVO.** Que, en segundo lugar, al momento de establecer diferencias en la ley es necesario tener en consideración las denominadas “categorías sospechosas”. Ellas obligan a un análisis más riguroso y exigente del principio de igualdad, pues su presencia invierte la presunción de constitucionalidad de que en virtud del principio de deferencia al legislador goza todo precepto legal, ya que pueden afectar a grupos minoritarios especialmente vulnerables a un trato discriminatorio.

Ello implica que la discriminación por sexo, una categoría paradigmáticamente sospechosa, debe pasar un escrutinio estricto.

Al respecto, se ha señalado: *“Es necesario precisar la existencia de un núcleo duro de la igualdad establecida en el derecho internacional de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24º; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1º), como son el de que la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política, siendo las diferencias realizadas por el legislador basadas en tales situaciones, en principio, ilegítimas. Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la*

*raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario"* (NOGUEIRA, HUMBERTO: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, T. II, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 223).

Por su parte, Rey Martínez, al analizar tales criterios en la Constitución española, afirma que *"cuando estamos en presencia del criterio de la raza, de la opinión, del sexo, etc., la igualdad se transforma en prohibición de discriminación. Cuando es otro criterio distinto de los enumerados en el art. 14 CE (o de los que, sin estar tipificados en él, el Tribunal Constitucional vaya distinguiendo como desigualdades tan socialmente divisivas que pasa a considerar discriminatorias en sentido estricto), la igualdad exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato."* (REY MARTÍNEZ, FERNANDO: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 59).

La excepción a lo anterior está constituida por la llamada "discriminación positiva", que la ley puede establecer a favor del más débil, incluso en materia penal.

Nuestro sistema jurídico acepta esta postura. Así lo establece la Constitución en su artículo 1º y en el enunciado del artículo 19, lo cual se refuerza por el Nº 2º de dicho artículo, al señalar que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Asimismo, el Código Civil, al definir qué debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2º) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del

acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente.

Por lo demás, este Tribunal ha sostenido que es una categoría hostil a la igualdad ante la ley el *“propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas”* (STC rol 986/2008; rol 1414/2010);

### **3. Principio pro-libertate.**

**DECIMONOVENO.** Que, en tercer lugar, no debe escapar al intérprete que el presente caso implica examinar la sexualidad humana.

La sexualidad es inherente al ser humano. La relación sexual es una de las manifestaciones propias de la sexualidad. De ahí que ésta pueda considerarse como elemento necesario del desarrollo de toda persona en condiciones dignas.

La Constitución así lo establece, por una parte, al reconocer la *“integridad física y síquica de la persona”* (artículo 19 N° 1°) y, por la otra, al mandar que en la sociedad las personas deben lograr *“su mayor realización espiritual y material posible”* (artículo 1°, inciso cuarto) y al reconocer que todas las personas, al nacer libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1°, inciso primero), tienen garantizada la expresión de su sexualidad;

**VIGÉSIMO.** Que, además, la Constitución chilena no prejuzga sobre la orientación sexual de los ciudadanos ni sobre las prácticas sexuales que, libremente, éstos estimen conveniente efectuar en su vida privada. La sexualidad constituye el núcleo más íntimo del ser humano. Tener o no relaciones sexuales, con quién, de qué forma, el lugar y las razones, no es algo que interese a terceros, mientras no se vulnere el derecho de nadie ni medien vínculos consanguíneos.

La Constitución no coarta las manifestaciones plenas de la sexualidad, que no impliquen abuso, engaño, coerción o daño;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que no puede esta Magistratura, como ninguna otra del Estado, restringir o lesionar los derechos y libertades asociados a la sexualidad por la vía de afirmar determinados criterios culturales sobre aquello que se considera "aceptable". Cuando el legislador decide regular estas conductas, debe hacerlo con extremada prudencia y tino para no contradecir los valores que pretende resguardar;

#### **4. La Constitución como norma abierta.**

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, en cuarto lugar, la Constitución es una norma abierta y respetuosa de las opciones éticas de la sociedad. En este sentido, en voto disidente en la sentencia Rol N° 740, se indicó: *"Las constituciones deben ser entendidas hoy como normas abiertas, lo que, en el sentido que nos convoca en esta sentencia, permite la diversidad cultural, de creencias y de expresión. En dichas normas el principio rector es la libertad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, resultando ajena al régimen constitucional entonces toda creencia o doctrina que busque la imposición de su pensamiento o valores de forma excluyente respecto de las otras."*;

**VIGESIMOTERCERO.** Que una comunidad no puede volver irrelevantes las convicciones personales de sus integrantes. El pluralismo exigido en una sociedad democrática no tiene que ver únicamente con ideas, partidos políticos o movimientos, sino también con la forma en que las personas ejercen su integridad física y síquica, incluida su sexualidad. Negar la tolerancia frente a orientaciones sexuales minoritarias equivale a negar derechos que son esenciales en una democracia.

En este sentido, la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2000, en su Artículo 9, señala que la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

Por otra parte, los integrantes de los órganos del Estado no pueden utilizar sus prerrogativas para imponer sus propias convicciones. Ello va contra del deber del Estado de lograr la mayor "realización espiritual y material posible";

#### **5. El menor como sujeto de derechos.**

**VIGESIMOCUARTO.** Que, en quinto lugar, la protección de los menores, que constituye uno de los fines declarados del precepto según sus autores, es un bien jurídico que debe apreciarse en conjunción con el respeto de sus derechos fundamentales, conforme lo prescribe la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, a la cual ha adherido Chile. En la actualidad, los menores ya no son considerados como simples objetos de protección sino como personas titulares de derechos que deben ser respetados y promovidos.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, los mayores de 14 y menores de 18 años pueden ser sujetos de responsabilidad penal (artículo 3º, Ley N° 20.284), pueden contraer matrimonio libremente a partir de los 16 años (artículo 5º, Ley N° 19.947), pueden ser sujetos de responsabilidad civil extracontractual (artículo 2319 del Código Civil), pueden celebrar actos extramatrimoniales (por ejemplo, el reconocer hijos) y pueden celebrar actos y contratos, sujetos a autorización o ratificación

posterior (artículos 1447, inciso segundo, y 1693 del Código Civil).

Al menor púber, al igual que las personas adultas, se le reconoce, entre otros derechos, el de autonomía o libertad sexual como emanación de su integridad física y síquica, aunque esté en formación.

Por tanto, el legislador penal debe tener en cuenta que no puede buscar la protección de los menores vulnerando o restringiendo severamente sus derechos y libertades;

**VIGESIMOQUINTO.** Que este nuevo enfoque en la protección de los menores es reforzado por los hallazgos de la psicología evolutiva que permiten sostener, como orientación general, que por encima de los 14 años la presunción inicial debe ser la de la capacidad de los menores para decidir, precisamente por sus capacidades cognitivas (RUEDA CASTRO, LAURA: *Consentimiento informado en niños y adolescentes*, ARS MEDICA, N° 16, 2008, pp. 28 y 29). Considerar a los mayores de 14 años incapaces de prestar consentimiento válido y, por ende, intangibles sexualmente, implica no reconocerlos como sujetos de derechos según la Constitución y la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas;

**VIGESIMOSEXTO.** Que, en efecto, es deber del Estado, conforme al artículo 3.2 de dicha Convención, asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley. Sin embargo, la misma Convención prescribe que tal protección debe procurar no ser discriminatoria u operar como una injerencia arbitraria en la vida privada del menor. Conforme a su artículo 2.1, el Estado debe respetar los derechos del menor y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin

distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Asimismo, conforme al artículo 16, el Estado debe asegurar que ningún niño sea objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada;

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que, sobre este punto, diversas entidades internacionales a las cuales se encuentra adscrito Chile, han manifestado similares aprensiones a las sostenidas en este voto.

El Comité de la Organización de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, en su Observación General N° 4, 30° período de sesiones, del año 2003, declaró:

*"Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que todos los seres humanos menores de 18 años disfruten de todos los derechos enunciados en la Convención sin discriminación (art. 2), incluso en lo relativo a la "raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo opinión, nacional o social, origen étnico, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición". Deben añadirse también respecto de adolescentes la "orientación sexual y el estado de salud (incluyendo VIH/SIDA y la salud mental).".".*

El mismo Comité, en su Observación General formulada a Chile, en abril de 2007, al respecto señaló:

*"29. (...) [P]reocupa al Comité que las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de 18 años de edad, se sigan penalizando, lo que supone*

*una discriminación sobre la base de la preferencia sexual.*

*30. El Comité recomienda que el Estado Parte intensifique sus esfuerzos para examinar, supervisar y hacer cumplir la legislación que garantice el principio de no discriminación y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la Convención, y que adopte una estrategia proactiva e integral para eliminar la discriminación por motivos de género, étnicos, religiosos o por cualquier otro motivo, y contra todos los grupos vulnerables en todo el país.”;*

**VIGESIMOCTAVO.** Que, en consecuencia, no es posible justificar la norma en cuestión basándose en la protección del menor, como pretende el voto de mayoría. Por un lado, porque -como ya se ha señalado- los varones menores de edad supuestamente protegidos por la norma, esto es, los mayores de 14 años y menores de 18 años, son sujetos capaces para desenvolverse en diversas áreas de la vida, inclusive el ámbito sexual. Por otro lado, porque la protección de los menores mediante el sometimiento a un proceso penal no es una vía idónea para garantizar su integridad sexual ni psíquica, ni para que desarrollen una sexualidad responsable. Existen numerosos otros medios menos lesivos que el derecho penal para dicho fin. Como es sabido, ser partícipe en un proceso penal, aun sin ser el imputado, puede resultar agresivo y perjudicial a los intereses del menor.

El argumento de la protección del menor no puede ser ciego a eventuales infracciones al principio de igualdad y no discriminación, como tampoco a eventuales injerencias indebidas en la esfera íntima de los menores desconociendo su libertad para ir determinando su proyecto de vida;

## V. EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL.

### 1. Sentencias de los Tribunales Superiores.

**VIGESIMONOVENO.** Que un examen del derecho comparado y de los instrumentos internacionales en la materia nos permite concluir que, hoy en día, la penalización de la sodomía consentida, por regla general, ha sido declarada inconstitucional en diversos países del mundo, del mismo modo que las reglas que establecen edades diferenciadas de consentimiento respecto de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

A modo ejemplar, señalaremos algunos casos.

En 1998, la Corte Constitucional de Sudáfrica resolvió que las leyes que penalizaban la sodomía eran discriminatorias y por lo mismo inconstitucionales (National Coalition of Gay & Lesbian Equality and other v. Minister of Justice, CTT11/98).

Asimismo, en el año 2002, en Austria, el Tribunal Constitucional de dicho país declaró inconstitucional la disposición legal que penalizaba -norma muy similar al precepto cuya aplicación se cuestiona en autos- la relación sexual consentida entre un varón mayor de edad y un varón menor de 18 y mayor de 14 años.

De la misma forma, en 2003, en Estados Unidos se señaló que el hecho de que la opinión mayoritaria en un Estado haya tradicionalmente visto una conducta particular como inmoral no es razón suficiente para emitir una ley prohibiendo tal práctica, señalando que la punibilidad de la sodomía consentida atenta contra la intimidad de las personas y el derecho a la igualdad, en la medida que se clasifica a un grupo de la población como delincuentes en razón de su orientación sexual (LAWRENCE v. TEXAS, 539 U.S. 558) (2003). Tales razones llevaron a que dos años más tarde, en el mismo país, la Corte Suprema del Estado de Kansas declarara

inconstitucional la norma que establecía una edad diferenciada de consentimiento respecto de relaciones entre personas de distinto e igual sexo, en la regla popularmente denominada "Romeo y Julieta" conforme a la cual se rebaja la penalidad o bien se elimina la punibilidad de la relación sexual si la diferencia de edad entre los intervinientes es inferior a 2 ó 3 años. Dicha Corte señaló que no existe ninguna base racional para determinar que las personas que mantienen relaciones sexuales con personas del mismo sexo tienden a ser más coercitivas, sobre lo cual no hay ninguna base de apoyo fáctico (SUPREME COURT OF THE STATE OF KANSAS, N° 85,898 STATE OF KANSAS V. MATTHEW R. LIMON (2005)).

Lo mismo sucedió en 2009, en India, cuando el Tribunal Superior de dicho país resolvió que la penalización de la conducta homosexual es ilegítima y provoca además el aislamiento de los homosexuales y les impide el acceso a información adecuada sobre la prevención del VIH/SIDA. Dicho Tribunal citó también la Observación General N° 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su definición del derecho a la salud, la cual incluye el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluyendo la libertad sexual reproductiva (Naz Foundation c./ Gobierno de NCT de Nueva Delhi y Otros, WP(C) N° 7455/2001);

## **2. Pronunciamientos de Órganos Internacionales.**

**TRIGÉSIMO.** Que, en el mismo sentido, se han pronunciado los órganos internacionales competentes en materia de derechos humanos, conminando a diversos Estados a modificar su legislación.

Así, en 1981, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Reino Unido por penalizar las relaciones sexuales consentidas entre homosexuales

adultos, donde uno de ellos tenía una edad inferior a 21 años, estableciéndose una edad diferenciada de consentimiento de las relaciones homosexuales respecto de las heterosexuales. Dicho Tribunal sostuvo que tal legislación constituía una injerencia indebida en la vida privada, que comprende la vida sexual (TEDH, Dudgeon v. United Kingdom, 1981). La misma doctrina es reiterada por dicho Tribunal en el año 1986, al condenar a Irlanda por penalizar la sodomía (TEDH, Norris v. Irlanda, 1987). En el año 1993, el Tribunal Europeo reiteró tales consideraciones condenando a Chipre (TEDH, Modinos v. Chipre, 1993). En el año 2003 se pronunció condenando a Austria por tipificar como delito los actos homosexuales voluntarios entre adolescentes entre 14 y 18 años, estableciendo que además de infringirse el respeto a la vida privada se generaba una situación de discriminación arbitraria pues no se condenaban iguales actos entre heterosexuales o con mujeres de esas edades (TEDH, L.V. v. Austria, 2003).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 1992, condenó a Australia por permitir que en el Estado de Tasmania se sancionaran las relaciones sexuales consentidas entre hombres, indicando que ello atenta contra los derechos de privacidad e igualdad, señalando expresamente que dentro de la acepción "sexo" establecida como categoría prohibida de discriminación por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se comprenden las diversas orientaciones sexuales (CDH, ONU, Toonen v. Australia, 1992);

### **3. Los legisladores.**

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que así como órganos internacionales, Tribunales Constitucionales y Cortes superiores de otros países han resuelto reconocer la no discriminación en

razón de sexo y la igual dignidad y derechos a las personas de orientación sexual minoritaria, tanto despenalizando la sodomía entre adultos como eliminando las diferencias por sexo respecto de las edades de consentimiento válido, también han dado importantes pasos en este sentido los legisladores en diversos países.

Es posible observar una tendencia a dejar de considerar la identidad sexual como criterio diferenciador de punibilidad respecto de quienes ejecutan una determinada conducta sexual tipificada como delito. Así ocurre en países como Argentina, Brasil, Honduras, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Salvo el caso de la tipificación del femicidio, las reformas legislativas más recientes en la materia han apuntado a eliminar las referencias al sexo de la víctima del delito, sin que se establezca una regla de edad diferenciada para el consentimiento libre como en nuestro ordenamiento lo hace el artículo 365 del Código Penal, cuya aplicación se cuestiona en autos;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que, como se observa de las consideraciones precedentes, los derechos de las minorías sexuales que no eran reconocidos hace 40 ó 30 años, cuando se penalizaba la sodomía o se establecían edades diferenciadas de consentimiento válido para relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, hoy tales normas han sido erradicadas y los derechos de las personas con orientación sexual minoritaria son respetados en la gran mayoría de los países.

En pocas palabras, el reconocimiento de derechos avanza a medida que se consolidan mejores estándares de respeto entre los ciudadanos y evoluciona a la par que la sociedad se abre a nuevas formas de convivencia respetuosa entre sus miembros.

En nuestro país lo anterior se refleja, por ejemplo, en que actualmente se estén discutiendo en el Parlamento alternativas para regular las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, y en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia;

#### **VI. VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD.**

**TRIGESIMOTERCERO.** Que, despejados los puntos anteriores, estamos en condiciones de entrar a examinar la constitucionalidad de la aplicación del precepto legal en análisis. Consideramos que éste es inconstitucional, por las razones que sostendremos a continuación;

**1. La aplicación del precepto es discriminatoria y afecta la igualdad ante la ley.**

**TRIGESIMOCUARTO.** Que, como ha señalado reiteradamente esta Magistratura, *“la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”* (roles N°s 986 y 1414);

**TRIGESIMOQUINTO.** Que, como se señaló en el considerando octavo, la norma en cuestión únicamente castiga el acceso carnal cuando lo realiza un hombre a un púber menor de edad pero mayor de 14 años. En cambio, no se sanciona la misma conducta cuando la relación es heterosexual; tampoco si quien realiza el acceso carnal es el menor de

18 años respecto de un mayor de edad; ni la conducta homosexual entre adultos o la conducta homosexual entre mujeres, cualquiera sea la edad o la acción sexual que éstas ejecuten; por último, tampoco se sanciona al hombre o la mujer que introduce en el ano o en la boca de un hombre o mujer mayor de 14 y menor de 18 años un objeto similar a un pene.

En consecuencia, el único criterio utilizado por el legislador para efectuar el tratamiento diferenciado es el sexo y la orientación sexual de los intervinientes en el acto;

**TRIGESIMOSEXTO.** Que, tal como se indicó al exponer los criterios interpretativos que orientan a estos disidentes, el sexo y la orientación sexual -utilizados por el precepto legal en comento- constituyen "categorías sospechosas" que invierten la presunción de constitucionalidad de todo precepto legal y exigen realizar un test estricto de proporcionalidad al analizar la afectación de la igualdad ante la ley;

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que el artículo 1º de la Constitución dispone que las "personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y en su artículo 19, en el cual se contiene el catálogo de derechos que la Constitución reconoce, se afirma que ellos pertenecen "a todas las personas". Luego, el artículo 19 N°2º de la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y señala expresamente que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Tales normas identifican al sexo como una categoría sospechosa de discriminación;

**TRIGESIMOCTAVO.** Que, tal como señaló este Tribunal en la sentencia que declaró inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (STC Rol N° 1710), conforme al principio de igualdad "*el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el*

*contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital. (Cristina Zoco Zabala: Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);" (C. 105°.);*

**TRIGESIMONOVENO.** Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1, sostiene que el Estado debe respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, y señala enseguida *"sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*, identificando así una serie de criterios sospechosos de discriminación, entre los que se encuentra el sexo. Lo mismo hace la Convención Americana, en su artículo 1.1, al señalar que el Estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado sin discriminación, principio que se ve reforzado en el artículo 24 de dicha Convención, que consagra la igualdad ante la ley.

De la misma forma, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en su artículo 45, proscribire la discriminación en razón de sexo. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000, ha enfatizado asimismo la prohibición de discriminación ejercida, entre otros factores, por razón de sexo y orientación sexual (artículo 21.1);

**CUADRAGÉSIMO.** Que lo mismo puede decirse respecto de la orientación sexual, definida en los denominados Principios de Yogyakarta, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, como *“la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”*.

Concordante con lo anterior se ha manifestado el Comité Europeo de Derechos Humanos, determinando que la orientación sexual se comprende en la referencia al sexo como categoría sospechosa de discriminación efectuada en el artículo 2 de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos (CDH, ONU, Toonen v. Australia, 1994).

Por otra parte y a mayor abundamiento, la “orientación sexual” se identifica como una categoría sospechosa en diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, tal como lo han señalado diversos organismos internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas respecto del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que al enunciar las categorías prohibidas para fundar una discriminación, reconoce la orientación

sexual como comprendida dentro de la expresión “cualquier otra condición social” (*Observación General N° 20, 42° período de sesiones, 2009*);

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** Que, por otra parte, tal tratamiento resulta exigido si se considera que las denominadas “minorías sexuales” han sido históricamente objeto de un trato discriminatorio e incluso vejatorio tanto por parte de los individuos como del Estado.

En tal contexto, si bien en el presente caso se analiza la afectación de la igualdad respecto del requirente, acotada al asunto concreto que sustenta la gestión pendiente, no puede perderse de vista que el derecho a la igualdad ante la ley no prohíbe sólo la discriminación arbitraria en términos individuales, sino también la creación de grupos segregados forzados a vivir al margen de la sociedad, aislados de la mayoría, siempre en situación de riesgo, y considerados como inferiores. (FISS OWEN: *Una comunidad de iguales*. Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002, p. 31);

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que, enseguida, resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional de Sudáfrica respecto de que la penalización de la sodomía implica definir que a los ojos del derecho los gay son criminales (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice, 1998*). En efecto, al sancionarse una conducta exclusivamente en razón de la orientación sexual de los intervinientes, la norma se torna homofóbica y refleja un derecho penal de autor ilegítimo a la luz de la Constitución.

Lo anterior no resiste análisis en la época que vivimos y sólo puede comprenderse como una manifestación de homofobia que mira a los homosexuales como sujetos anormales, inferiores e indignos;

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que, consecuentemente con lo señalado en los considerandos precedentes, no se aprecia una justificación legítima para determinar distintas edades a partir de las cuales se sanciona una misma conducta únicamente en razón del sexo o la orientación sexual de los sujetos intervinientes en un tipo de relación sexual.

La penalización de la sodomía, aunque sea en forma residual o muy excepcional, como en la especie, contribuye a la estigmatización de las personas que la practican y a su segregación social. Así, la penalización de la sodomía resulta intolerable y asimilable a la prohibición y penalización de las relaciones entre personas de raza blanca y raza negra existente en los Estados Unidos hasta los años 70's, en que el móvil de la regulación era precisamente mantener la subordinación de un grupo humano (KOPPELMAN ANDREW: "The Miscegenation Analogy", *The Yale Journal*, Vol. 98, N° 1 (Nov., 1988), pp. 145-164);

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que, por lo demás, cabe tener presente que el Estado de Chile, en el Examen Periódico Universal (E.P.U.) efectuado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 2009, examinó las recomendaciones formuladas durante un diálogo interactivo con otros Estados y dio su apoyo a varias recomendaciones, entre ellas a la siguiente:

*"28. Prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y abordarla en los programas y políticas de igualdad (formulada por Suecia) y utilizar los Principios de Yogyakarta como guía en la formulación de políticas (formulada por Países Bajos);"*.

De ello se desprende el compromiso del Estado por eliminar y prohibir cualquier discriminación arbitraria

en razón de sexo e identidad de género, lo que debería implicar la no aplicación del artículo 365 del Código Penal en el proceso sub lite. En especial, los referidos Principios de Yogyakarta que Chile se comprometió a respetar por sugerencia formulada por los Países Bajos, señalan:

*“Los Estados: Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban, o de hecho sean empleadas para prohibir, la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y garantizarán que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo y de sexos diferentes”;*

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que en el presente caso, como se ha señalado, el artículo 365 del Código Penal genera una situación más perjudicial para los varones que tienen un cierto tipo de relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 años y menores de 18, del mismo sexo. Idéntica conducta -acceso carnal consentido- entre personas de distinto sexo no es punible; tampoco lo es si el menor es el sujeto activo; ni si la relación es entre mujeres o entre menores;

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que, dado que la sexualidad es una dimensión de la integridad física y síquica de todas las personas, el carácter discriminador de la norma en cuestión se resalta por el hecho de que castiga una expresión de la sexualidad propia de los varones homosexuales;

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que no se compadecen con la realidad los criterios justificativos de la discriminación que nos ocupa, como la protección de la indemnidad sexual del

menor y el libre desarrollo de su autodeterminación sexual, porque toda la argumentación que la funda -de sesgada fuente doctrinaria o regresivas opiniones parlamentarias- revela que ciertos valores se entienden sólo vulnerados por una relación homosexual masculina. El fundamento esgrimido manifiesta un prejuicio rotundo acerca de la condición homosexual, considerándola un riesgo y daño para quien la asume, connotándola negativamente desde el ámbito cultural; o sea, se reputa normal la conducta heterosexual y anormal y peligroso el comportamiento homosexual. Ese es el basamento real de la distinción que recoge la ley penal reprochada, que no puede ser inspiración para ningún órgano del Estado, sujeto al perentorio mandato de los artículos 5º y 6º de la Constitución Política;

**CUADRAGESIMOCTAVO.** Que de lo sostenido se deduce que el artículo 365 del Código Penal atenta gravemente contra la igualdad ante la ley, pues idéntica conducta realizada entre un varón y una mujer entre los mismos rangos etéreos, no merece ninguna sanción penal. Así, la norma en cuestión incrimina una conducta exclusivamente en razón del sexo y orientación sexual de quienes la ejecutan. Se prohíbe, sin justificación razonable, a un grupo de personas una conducta que está plenamente permitida para otras;

**2. Se afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad.**

**CUADRAGESIMONOVENO.** Que si bien el catálogo de derechos contenido en el artículo 19 de la Constitución no recoge de forma explícita el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como ocurre en otros textos constitucionales, sí reconoce su contenido y lo garantiza en diversas disposiciones.

Así, en cláusulas generales como el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, al reconocer la dignidad de la persona; en el artículo 1°, inciso cuarto, al señalar que es deber del Estado crear las condiciones que permitan a las personas alcanzar el mayor desarrollo y realización espiritual y material posible; en el artículo 5°, inciso segundo, al estipular que los derechos fundamentales son límite al ejercicio de la soberanía; y en el mismo artículo 19, al reconocer otros derechos fundamentales, que presuponen el libre desarrollo de la personalidad, tales como el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, la libertad y seguridad individual, entre otros. Asimismo, la Constitución efectúa una mención indirecta a este derecho en el artículo 19 N° 10°, al señalar que la educación tiene por objeto *“el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.”* (RIBERA NEUMANN, TEODORO: *“El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución”*, *Temas Actuales de Derecho Constitucional*. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 241 y ss.);

**QUINCUAGÉSIMO.** Que, sobre este punto, esta misma Magistratura ha señalado que *“el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad”* (STC Rol N° 389, C. 21°, y Rol N° 433, C° 27°).

Tal derecho que asiste a cada persona para determinar libremente un plan de vida, se reconoce asimismo en el artículo 19 N° 7° de la Constitución. Este

derecho comprende la autodeterminación sexual y sus manifestaciones;

**QUINCUAGESIMOPRIMERO.** Que, al respecto, la opinión del voto de mayoría pretende negar que la Constitución consagre el derecho al libre desarrollo de la personalidad arguyendo que el artículo 19 N° 7° únicamente consagra la libertad ambulatoria.

El voto de mayoría sostiene de esta forma una interpretación originalista que petrifica la Constitución. Si bien las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución pueden ser útiles para precisar el contenido y alcance de determinados preceptos de la Constitución, no son el único elemento a considerar por el intérprete, como tampoco el más idóneo;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO.** Que, con todo, incluso de las actas citadas por el voto de mayoría se desprende que los planteamientos que se hicieron valer para que en la formulación del artículo 19 N° 7° de la Constitución se hiciera expresa mención al desarrollo libre de la personalidad, no fueron rebatidos por motivos de fondo. Así, es posible colegir que un análisis sistemático de la Constitución no puede concluir que las personas carezcan del derecho a definir su plan de vida;

**QUINCUAGESIMOTERCERO.** Que lo señalado tiene importancia para el delito que se analiza, pues conforme a los principios de las reformas al Título VII del Libro II del Código Penal se buscó armonizar el reconocimiento de la libertad sexual a partir de los 14 años con la mayor protección de los menores para evitar la pedofilia, la prostitución y la pornografía infantiles. Por debajo de esa edad, se establece un resguardo absoluto a la integridad sexual de los menores; por sobre esa edad, se reconoce a los menores púberes capacidad para determinar

su actividad sexual, siempre que se respete la libertad y la dignidad de las demás personas;

**QUINCUAGESIMOCUARTO.** Que, así, aun cuando se pensara que la norma pretende alejar a los menores de la sodomía, pues ésta *“al producir el hábito, las partes involucradas tienden a no valorarla como algo malo, produciéndose un problema muy importante de alteración de la conciencia”* (Informe Comisión de Constitución, Cámara de Diputados, pp. 14 y 15, Boletín N° 1048-07), debe tenerse en cuenta que al pretender proteger a los menores no se puede vulnerar su libertad. Al actuar así el legislador es tributario de una visión homofóbica que no es conciliable con una sociedad integradora, respetuosa de los derechos humanos, donde los sujetos se relacionan en plano de igualdad y respeto;

**QUINCUAGESIMOQUINTO.** Que, en efecto, el criterio de orientación sexual utilizado por el precepto en cuestión corresponde a aquellas categorías que *“aluden a circunstancias personales que, en general, sí son o pueden ser el resultado de elecciones o decisiones individuales, respecto de las cuales los sujetos deberían tener el más pleno y absoluto control, ya que son componentes fundamentales para sus planes de vida y no afectan a terceros. Dado que cada persona debe estar en condiciones de desarrollar libremente su personalidad en tanto no cause daños a terceros, el Estado debe abstenerse de interferir en esas decisiones personales mediante la asignación de bienes, derechos o cargas que promuevan o dificulten su elección a los habitantes.”* (MARCELO ALEGRE Y ROBERTO GARGARELLA: *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un Constitucionalismo Igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 323);

**QUINCUAGESIMOSEXTO.** Que, en consecuencia, el artículo 365 del Código Penal, al sancionar ciertas conductas

homosexuales libremente consentidas entre personas mayores de 14 años, atenta contra la libertad que tienen para definir su proyecto de vida y alcanzar el mayor desarrollo personal posible;

**3. Se afecta el derecho a la intimidad.**

**QUINCUAGESIMOSÉPTIMO.** Que, por último, el precepto que se analiza no sólo sanciona un acto, sino que sanciona una de las conductas humanas más privadas que existen: el despliegue de la sexualidad de ciertas personas;

**QUINCUAGESIMOCTAVO.** Que este Tribunal ha reconocido que la sexualidad es parte de la vida privada. Así ha señalado: *“El artículo 19 N° 4° de la Constitución Política, que asegura el respeto y protección de la vida privada a toda persona, privacidad de la que forma parte su vida sexual...”* (STC rol 698, C. 9°). Las conductas sexuales son datos que la ley estima sensibles.

En efecto, las relaciones sexuales que puedan tener las personas forman parte de aquella zona que no quieren que sea conocida por terceros sin su consentimiento. Ello implica una esfera libre de intervenciones ajenas no deseadas. El sujeto es autónomo para decidir si tendrá o no relaciones sexuales, sus partícipes y las formas en que se despliega ese ámbito de su persona. La Constitución le asegura una facultad para excluir a otros de esa esfera propia y abre a las personas un espacio para que desenvuelvan su sexualidad autónomamente y en forma ajena al escrutinio de terceros;

**QUINCUAGESIMONOVENO.** Que la Constitución, en su artículo 19 N° 4°, establece el respeto de la vida privada como un mandato de respeto y protección.

Ello se refuerza tratándose de la sexualidad. En virtud de ese mandato de respeto y protección, el Estado no debe interferir en la sexualidad de las personas sancionando conductas libremente consentidas que no

provocan daño. La tipificación de la conducta analizada es una infracción a este deber de respeto y protección de la vida privada, pues se inmiscuye en ese espacio;

**SEXAGÉSIMO.** Que, en este contexto, la intervención estatal se legitima únicamente cuando busca proteger la libertad de quienes interactúan, para evitar fuerza, coacción, engaño u otro abuso, sin que medien relaciones de parentesco. En el presente caso, en cambio, no concurren esas hipótesis;

**SEXAGESIMOPRIMERO.** Que la existencia del delito que se analiza implica una intromisión ilegítima en lo que las personas pueden hacer en materia sexual. El precepto legal cuya aplicación se impugna penetra en la esfera más íntima del sujeto - el varón menor adulto - y, sin atender a su libre consentimiento, sanciona sus relaciones homosexuales y lo trata como un objeto de protección y no como una persona, sujeto de derechos;

**SEXAGESIMOSEGUNDO.** Que, en consecuencia, por las tres razones señaladas, a juicio de estos disidentes, el requerimiento de autos debe ser acogido y la norma contenida en el artículo 365 del Código Penal no debe ser aplicada en el proceso pendiente, toda vez que ella produce los resultados inconstitucionales que se han señalado.

Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres, la prevención, su autor, y la disidencia, los Ministros que la suscriben.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol 1683-10-INA.**

Se certifica que el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto concurrió al acuerdo y al fallo, pero no firma, por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente (S), Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.