



Santiago, dieciséis de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Con fecha 26 de agosto de 2016, mediante oficio que rola fojas 1 y auto motivado de fojas 17 y siguientes, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante solicita a esta Magistratura un pronunciamiento acerca de la posible inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, en la causa sustanciada ante dicho tribunal en autos RIT 114-2016, RUC 1301265769-7.

La Primera Sala de esta Magistratura Constitucional admitió a tramitación el requerimiento (resolución de 31 de agosto 2016, a fojas 22), suspendió la tramitación de la gestión judicial invocada (fojas 22) y, previos los traslados pertinentes, declaró admisible la acción impetrada (14 de septiembre de 2016, fojas 31).

Se hicieron parte en forma la Defensoría Penal Pública, en representación de Claudio Vidal Contreras y el Ministerio Público.

En cuanto a los traslados acerca del fondo, únicamente se pronunció el Ministerio Público que, por presentación de 3 de octubre de 2016, a fojas 43, solicita que el asunto sea resuelto conforme a Derecho.

Por resoluciones que rolan a fojas 82 y 115, se ordenó agregar a los autos los informes acompañados como amicus curiae por la Fundación Iguales y por la Corporación Fundamental en conjunto (a fojas 50), y por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) (a fojas 85).

El precepto legal cuestionado en su aplicación al caso concreto, 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"*.

En cuanto a la gestión en que incide el requerimiento, esta versa sobre causa criminal seguida contra Claudio Vidal Contreras, acusado por el delito de violación de mayor de 14 años, del artículo 361 N° 1 del Código Penal, por hechos acontecidos el año 2013, cuando la víctima de iniciales E.A.M.L. tenía 17 años de edad, y el acusado de modo forzado accedió anal y bucalmente al menor.

En los alegatos de apertura en la audiencia de juicio oral verificada el 25 de agosto de 2016, la defensa del acusado no negó los hechos, en cuanto a la relación sexual, pero manifestó que se trataba de una relación consentida por el menor de edad, por lo que debiera ser absuelto del delito por el cual se le persigue. Luego, a instancias del mismo tribunal requirente, la defensa señaló que, atendida la presencia de consentimiento, pediría la recalificación del delito, siendo pertinente la figura dispuesta en el cuestionado artículo 365 del Código Penal, norma que a su vez iba a solicitar que no fuera aplicable al caso, por vulnerar la prohibición de discriminación sexual y por edad, así como la protección de la vida privada de las personas, aseguradas por la Constitución.





En las circunstancias anotadas, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, resolvió oficiar a esta Magistratura Constitucional pidiendo se pronuncie acerca de la constitucionalidad de la norma. Al efecto el tribunal requirente pregunta acaso podría infringirse (i) la dignidad, (ii) la igualdad ante la ley, y (iii) el derecho a la vida privada.

Manifiesta el tribunal requirente que, en el ordenamiento jurídico actual, en lo relativo a los delitos sexuales, los bienes jurídicos protegidos son la indemnidad sexual respecto de los menores de 14 años, y la libertad sexual respecto de los menores de edad pero mayores de 14 años. En el primer caso se protege en forma absoluta todo atentado contra la sexualidad del menor de 14 años, proscribiéndose cualquier acto de significación sexual, y sin tomar en consideración el consentimiento del menor. En cambio, en el caso del mayor de 14 años, se reconoce cierto grado de autonomía y libertad sexual, de modo que, salvo que concurren las circunstancias del estupro, una relación carnal aceptada por el menor podría tornar impune un acto sexual de otro sobre él. El referido grado de autonomía de los adolescentes también ha sido reconocido en otras áreas del derecho, al ser por ejemplo los mayores de 14 años sujetos de responsabilidad penal, y civil extracontractual, o que el mayor de 16 años puede contraer matrimonio libremente.

En dicho contexto, expresa el tribunal que podría afectarse en la especie el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación arbitraria, asegurado por el artículo 19 N° 2 de la Constitución, pues se trataría de una diferencia establecida por el legislador, carente de justificación razonable, basada únicamente en motivos de edad y orientación sexual, toda vez que una mujer mayor de 14 puede consentir libremente en mantener relaciones sexuales con un mayor de edad, sea hombre o mujer, sin que ello configure delito, y en respeto de su libertad sexual. En cambio, si se trata de un hombre mayor de 14 y menor de 18, este no puede optar libremente por su sexualidad ni gozar de intimidad, pues la ley le prohíbe de modo absoluto ser sujeto pasivo de un acto sexual con otro hombre mayor de edad, lo cual configura una discriminación por edad, género y orientación sexual, que pugna abiertamente con la Carta Fundamental. Incluso se cita el artículo 4° de la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, que en los supuestos que indica, exime de responsabilidad en caso de relación sexual con un menor si no existe diferencia de más de 3 años de edad.

Asimismo, postula el tribunal que podría estimarse infringido el derecho a la dignidad y a la libertad y autodeterminación sexual, así como el derecho a la intimidad y vida privada del adolescente varón, invocando al efecto los artículos 1° y 19 N°s 4° y 7° de la Constitución, disposiciones que se ven conculcadas con la intervención del Estado en la intimidad y opción sexual del individuo.

Cita el tribunal requirente, asimismo, 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, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.



Con fecha 13 de octubre de 2016 (fojas 46), se ordenó traer los autos en relación, verificándose la vista de la causa en la audiencia de Pleno del día 14 de marzo de 2017, oyéndose la relación pública y sin que se anotaran abogados para alegar. Con la misma fecha quedó adoptado el acuerdo (certificado a fojas 119).

Y CONSIDERANDO:

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.”.

Por su parte, el artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, prescribe, en su letra g), que son atribuciones del Presidente de esta Magistratura “Dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisorio, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política.”;

SEGUNDO: Que, traídos los autos en relación y luego de verificarse la vista de la causa se adoptó acuerdo con fecha 14 de marzo de 2017, obteniéndose el siguiente resultado:

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, señora María Luisa Brahm Barril y señores Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez, estuvieron por acoger el requerimiento.

Por su parte, los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), señora Marisol Peña Torres, y señores Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar, estuvieron por rechazar el requerimiento;

TERCERO: Que, conforme a lo expuesto en el considerando precedente, se ha producido empate de votos, con lo cual, atendido el quórum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, para acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y teniendo asimismo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, el voto del Presidente no dirime un empate en este caso; y no habiéndose alcanzado la mayoría constitucional necesaria para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, éste deberá ser rechazado.

CUARTO: Que los fundamentos de cada voto son los que se indican a continuación:





I. VOTO POR RECHAZAR EL REQUERIMIENTO

Los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado (Presidente), señora Marisol Peña Torres, y señores Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar, estuvieron por rechazar el requerimiento deducido por el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, por las siguientes razones:

I. El conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura.

1°. Que el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante ha deducido requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 365 del Código Penal, a fin de que surta efectos en la causa RIT 114-2016, RUC 1301265769-7, por el delito de violación de mayor de 14 años, en perjuicio del menor de iniciales E.A.L.M.

2°. Que sostiene el tribunal requirente que la aplicación de la norma legal indicada, en la gestión judicial que se tramita ante él, importaría la vulneración de la dignidad, del principio de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, de la libertad y del derecho a la vida privada y a la intimidad. Así, se verían transgredidos los artículos 1°, inciso primero, 19 N°s 2°, 4°, 7° y 26° de la Constitución, en relación con los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2.11 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, vinculados con el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

3°. Que, explicando los fundamentos de la impugnación que se somete a la decisión de esta Magistratura, el tribunal requirente sostiene que es la defensa del acusado la que ha planteado la eventual transgresión del artículo 365 del Código Penal con normas constitucionales del Código Penal, interpretación que el tribunal ha hecho suya.

Cabe advertir que la norma impugnada, que se refiere al delito de sodomía, no coincide con aquélla a que se alude en el auto de apertura de juicio oral, que rola a fojas 8 de estos autos, donde se expresa que *"la acusación que deberá ser objeto del juicio corresponde a los hechos contenidos en la imputación fiscal"*, esto es, *"el delito consumado de violación, previsto y sancionado en el artículo 361 del Código Penal."*

De allí que el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante precisa que la norma contenida en el artículo 365 del Código Penal *"podría resultar aplicable en la especie, atendida la Teoría del caso planteada por la defensa, en orden a que entre el acusado y el adolescente de 17 años a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, el 29 de diciembre de 2013, existió una relación sexual consentida."* (Fojas 18);

4°. Que es, entonces, la teoría del caso sustentada por la defensa del acusado en el juicio que sustancia el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante, la que lo lleva a deducir esta acción de inaplicabilidad argumentando que los cambios



legislativos operados en nuestro país han llevado al desarrollo gradual de la autonomía sexual de los menores de más de 14 años de edad. De esta forma, la norma impugnada podría vulnerar la autodeterminación sexual que funda en el artículo 19 N° 7° constitucional.

Al mismo tiempo, visualiza una transgresión del derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental, y que se expresa en la prohibición de establecer diferencias arbitrarias. Esto ocurriría, en este caso, al establecerse diferencias carentes de justificación por razón de edad, género y orientación sexual desde el momento que las relaciones sexuales consentidas de una mujer mayor de 14 años con un hombre mayor de edad o una mujer de cualquier edad, no se encuentran penalizadas. Asimismo, existe una causal eximente de responsabilidad penal, conforme a la Ley N° 20.084 si es que entre los partícipes de una relación sexual existe una diferencia no superior a los tres años.

Finalmente, el tribunal requirente sostiene que el artículo 365 del Código Penal castiga una actividad que se desarrolla en el ámbito más privado como es el de la sexualidad de las personas, sin que se avizore, en la especie, cuál es la limitación que justifica la intervención estatal en la decisión de un individuo, sobre todo si ya está apto para vivenciar su sexualidad. Todo ello importaría una infracción al artículo 19 N° 4° de la Constitución;

II. Cuestiones previas que deben tenerse presentes en esta decisión.

5°. Que, aclarados los términos en que se ha planteado el conflicto constitucional que este Tribunal debe resolver, los Ministros que suscriben este voto estiman fundamental tener presente las consideraciones que siguen antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto;

6°. En primer término, debe atenderse al carácter concreto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Conforme a este criterio, ampliamente consolidado en la jurisprudencia de esta Magistratura, lo que ella debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución. Por ende, está impedida de realizar un juicio en abstracto de constitucionalidad a través del simple contraste entre el texto de la norma impugnada con la Carta Fundamental (recientemente, STC roles N°s 2069, c. 5°; 2237, c. 11°; 2301, c. 3°; 2354, c. 10°; 2536, c. 24°; 2537, c. 29° y 2674, c. 5°).

7°. Que del mismo modo, ha afirmado que *"las características y circunstancias del caso concreto de que se trate han adquirido actualmente una trascendencia mayor que la que tenían cuando estaba en manos de la CS la declaración de inaplicabilidad, pues, ahora, el TC, al ejercer el control de constitucionalidad de los preceptos impugnados, ha de apreciar los efectos, de conformidad o contrariedad con la CPR, que resulten al aplicarse aquéllos en una determinada gestión judicial"* (STC roles N°s 473, c. 9°; 535, c. 10°; 608, c. 11°; 718, c. 44°; 790, c. 12°; 1065, c. 22°; 1361, c. 12°; 2016, c. 30° y 2683, c. 17°);





Al tenor del criterio recordado, este voto rechazará cada uno de los vicios de constitucionalidad alegados por el tribunal requirente tomando detenidamente en cuenta las piezas de este proceso constitucional de las cuales es posible inferir las peculiaridades que rodean la gestión pendiente;

8°. En segundo término, debe consignarse que ésta no es la primera vez que este Tribunal se pronuncia, en sede de inaplicabilidad, sobre la constitucionalidad del delito tipificado en el artículo 365 del Código Penal. De allí que los razonamientos contenidos en la sentencia Rol N° 1683, de 4 de enero de 2011, necesariamente deben iluminar el pronunciamiento que se solicita en esta oportunidad.

III. Vulneración de la dignidad humana.

9°. Que conviene recordar que la norma impugnada del Código Penal se ubica dentro del Título VII de su Libro II, "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual", y dispone:

"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.";

10°. Que, tal como se estableció en sentencia Rol N° 1683, la redacción de este precepto ha experimentado varias modificaciones. Respecto de su redacción original existía consenso en que la conducta punible era la sexualidad realizada entre varones libremente, siendo ambos igualmente culpables. Posteriormente, al modificarse los términos de la norma en el año 1972, se asoció el delito de sodomía con los medios o 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" (considerando 7°);

11°. Que la actual redacción del artículo 365 del Código Penal se debe a la Ley N° 19.617, de 1999, que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación.

Como se recordó en sentencia Rol N° 1683 (considerando 8°), después de acaloradas discusiones en el Congreso Nacional, que duraron seis años, se optó por la restricción del delito al acceso carnal de un varón a otro varón menor de dieciocho años sin que medien las circunstancias que configuran violación o estupro, pues esta tipificación "permitió resolver de alguna manera las diferencias de opinión" (Diario de Sesiones del Senado. Legislatura 339ª. Extraordinaria, sesión N° 13, de 22 de diciembre de 1998, p. 27).

El mismo fallo que se viene evocando señaló que, a partir del examen de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.617 como de lo afirmado por la doctrina especializada, podía concluirse que "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." (Considerando 15º). (Énfasis agregado).

Precisamente, la noción de indemnidad sexual de los menores de edad tiene que ver con *"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 edad adulta"*. Así, la penetración que sufren *"no puede ser un episodio inocuo o baldío 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"* (considerando 28º). En otras palabras, no puede hablarse, en el caso de los menores de edad, de "libertad sexual" –como en el caso de los mayores de edad– pues ellos carecen de la capacidad para dimensionar cómo un acto de naturaleza sexual puede afectar su desarrollo psíquico e integral.

En esta postura –asumida por el legislador chileno– se encuentran autores como Muñoz Conde, Orts Berenguer y Carmona Salgado que, en España, han sostenido que *"no es posible proteger la libertad sexual de menores (o incapaces), dado que estos no la pueden ejercer efectivamente ya sea porque carecen de los presupuestos cognitivos o volitivos para ello, o porque aunque los posean aún no se les reconoce jurídicamente su ejercicio."* (Díaz Cortes, Lina Mariola. "Aproximación a la política criminal manejada en Colombia en los delitos sexuales contra menores: Una tendencia hacia la inocuización del delincuente." Revista de la Justicia Pernal, N° 5, septiembre 2099, p.85);



12º. Que la finalidad tenida en vista por el legislador del año 1999 resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención sobre los derechos del Niño, que entró en vigor en Chile el 27 de septiembre de 1990. Dicha norma impone a los Estados Partes el deber de adoptar *"todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo."*

Cabe tener presente que el mismo instrumento internacional a que se alude indica que *"Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño 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";*

13º. Que, conforme con lo que se viene argumentando, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, pronunciándose sobre el segundo informe periódico de Chile respecto al cumplimiento de los deberes que impone la Convención sobre los Derechos del Niño, en el año 2017, instó a *"Reforzar los mecanismos de control del número de casos y el alcance de la violencia, el abuso sexual, el descuido, el maltrato o la explotación contemplados en el*



artículo 19, en medios como la familia, las escuelas, las instituciones de guarda o entornos de tutela de otro tipo." (CRC/c/CHL/CO/3, de 23 de abril de 2017, p. 10);

14°. Que, de acuerdo a lo expresado, no resulta sostenible argumentar que la tipificación del delito de sodomía que castiga el acceso carnal a un menor de dieciocho años de edad, como ocurre en la especie, infrinja la dignidad humana a que alude el inciso primero del artículo 1° de nuestra Carta Fundamental.

Por el contrario, la intención del legislador –claramente manifestada en el debate legislativo correspondiente- da cuenta que de lo que se ha tratado es de proteger a los menores de edad que son accedidos carnalmente por otro sujeto del mismo sexo y mayor de edad, es decir, penetrados analmente (y, también, bucalmente, según algunos autores), sin que exista en dichos menores la capacidad para dimensionar los efectos de consentir en tal acto como exige la protección de la indemnidad sexual.

De esta forma, el legislador ha obrado en protección de la dignidad que todo menor de edad requiere en cuanto integrante de la especie humana dando pleno cumplimiento al valor aludido en la norma constitucional señalada: "*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*"

Paralelamente, muestra el cumplimiento, por parte de Chile, de los estándares provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto a la necesidad de brindarles, a los menores de dieciocho años de edad, la debida protección contra perjuicios físicos o mentales que, además, pudieran involucrar formas de abuso sexual;

15°. Que, según algunos autores, respecto de "*la presunción de la edad límite del accedido (...) es cada vez más difícil sostener una presunción iuris et de iure, tomando en consideración la mayor apertura de la sociedad, la mudanza de las pautas morales y la mejor educación sexual que reciben, hoy por hoy, los menores. Así, no existirá delito cuando la víctima haya tenido capacidad, por su madurez fisiológica y mental, de autodeterminarse sexual-mente. Como se ve, darle dicho carácter a la presunción se ajusta mejor al contenido del bien protegido libertad sexual, en cuanto sólo se conforma el delito si el individuo accedido carnalmente carecía efectivamente de la madurez psíquica necesaria para orientar su conducta libremente, al momento de acaecer el acceso.*" (Rojas Araya, Joel. El castigo de la sodomía y la libertad sexual en Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta, Anuario 2001, Secc. I, p. 169).

Opiniones como la indicada –fuera de desconocer la diferencia entre los bienes jurídicos de la indemnidad sexual y de la libertad sexual- reconducen el debate sobre el delito contemplado en el artículo 365 del Código Penal a un examen casuístico de difíciles ribetes para el juez, pues estaría llamado a determinar, en cada caso, si el menor obró con suficiente capacidad de discernimiento para comprender los alcances de la actividad sexual en la que



aparece consintiendo. Ello, por lo demás, no parece avenirse con la forma en que aparece redactada la norma que, más bien, está dotada de elementos objetivos que no dan margen para la discrecionalidad judicial.

Por lo demás, la regla siempre ha sido que es el legislador el llamado a precisar los rangos de edad que permiten a los menores de dieciocho años, en ciertos casos, generar efectos jurídicos respecto de los actos que realizan, como sucede en el caso de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal;

16°. Que, por las razones que se han invocado, se rechazará el primer vicio de constitucionalidad alegado respecto del valor de la dignidad humana recogido en el inciso primero del artículo 1° de la Constitución.

IV. Infracción al derecho a la igualdad ante la ley.

17°. Que el tribunal requirente sostiene que el artículo 365 del Código Penal vulneraría el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente, en cuanto el artículo 19 N° 2°, inciso segundo, de la Carta Fundamental prohíbe a la ley y a cualquier autoridad establecer discriminaciones arbitrarias.

Específicamente, el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante afirma que *"una mujer mayor de 14 años puede consentir libremente en mantener relaciones sexuales tanto con un hombre mayor de edad, como con otra mujer, de cualquier edad, sin que exista delito alguno en tales actos, reconociéndole el ordenamiento jurídico plena validez a las decisiones que adopte aquella en el ámbito de su sexualidad. Cuestión muy diversa es la que ocurre en el caso de un hombre mayor de 14 años y menor de 18, quien no puede optar libremente con quien interactúa en el ámbito de su intimidad, ya que la ley le prohíbe en forma absoluta -puesto que su aquiescencia no tiene ningún efecto- ser sujeto pasivo de una acción sexual que realice otro hombre a su respecto"* (fojas 19).

Agrega que surge una nueva diferencia cuando se considera lo previsto en el artículo 4° de la Ley N° 20.084 que establece que no puede procederse penalmente, en el caso del artículo 365 del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años, a menos que exista entre ella y el imputado una diferencia de, a lo menos, tres años de edad. Es decir, se discrimina en razón de la edad (fojas 20);

18°. Que el tribunal requirente observa, entonces, una diferencia de trato en la forma en que el legislador ha tipificado el delito del artículo 365 del Código Penal respecto de otras conductas que estima similares y que no son objeto de reproche penal;

19°. Que, de esta forma, el primer análisis conducente a determinar si existe, en la especie, una infracción a la igualdad ante la ley debe apuntar a si existe efectivamente la diferencia de trato que el tribunal requirente cree observar, la que se producirá sólo al constatarse que se trata de situaciones idénticas pero tratadas de manera disímil por el legislador.





En ese sentido, debe sostenerse que el tipo previsto en el artículo 365 del Código Penal *"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."* (STC Rol N° 1683, c.16°).

Además, 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 de 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 Serón. "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)."* (STC Rol 1683, considerando 12°).

En el mismo sentido, se ha afirmado que lo que castiga el artículo 365 del Código Penal es *"el coito anal entre dos hombres, uno de los cuales –quien es accedido carnalmente- tiene entre 14 y 18 años y ha consentido válidamente dicha relación sexual."* (Ramos Vásquez, José Antonio. "Algunas sombras de la regulación de los delitos sexuales (Una comparativa Chile/España). Revista de la Justicia Penal N° 7, octubre 2011, p. 278);

20°. Que existe, entonces, una diferencia biológica en la configuración del tipo penal del artículo 365 del Código Penal respecto de otras conductas similares como las contempladas en los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal que pueden tener como víctimas tanto a hombres como mujeres.

Sin embargo, si se atiende ahora al bien jurídico protegido por el artículo reprochado en estos autos que, como se ha recordado es la indemnidad sexual del menor, es difícil comprender cómo las relaciones sexuales consentidas entre una mujer mayor de edad y otra menor de dieciocho años y mayor de 14, no han sido penadas de la misma manera. Ello, atendiendo a la circunstancia que, del mismo modo que en el caso de los varones, una mujer menor de dieciocho años de edad, también requiere especial protección desde el punto de vista de su indemnidad sexual cuando su capacidad de discernir las consecuencias de sus actos no se encuentra aún plenamente desarrollada;

21°. Que la respuesta a la interrogante planteada precedentemente no pasa, sin embargo, por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, en concreto o en abstracto, sino que, más bien, por la constatación de una inconstitucionalidad por omisión del legislador entendida como *"la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquella inactuación total o actividad deficiente,*



mantenida durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación contraria a la Constitución." (Víctor Bazán. "Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales." Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, p. 103).

En efecto, la Constitución no sólo asegura a toda persona su integridad física y psíquica (Art. 19 N° 1°, inciso primero) e impone al Estado el deber de proteger a la población y a la familia (Art. 1°, inciso final) sino que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre ellos, los que están garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 5°, inciso segundo). De todas estas normas, pero especialmente de la Convención citada, se impone el deber al legislador de proteger la indemnidad sexual de los menores de edad como una expresión del derecho a su integridad física y psíquica sin distinción de sexo.

No obstante esta constatación, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 93 constitucional, esta Magistratura carece de competencia para declarar la inconstitucionalidad por omisión en que estaría incurriendo el legislador al no haber creado una figura penal que proteja la indemnidad sexual de las mujeres menores de edad en términos similares a como lo hace en el caso de los hombres cuando la voluntad de la víctima –independientemente de que sea hombre o mujer- no es garantía suficiente del menoscabo que, claramente, experimenta.

Y si se trata del derecho a la autodeterminación sexual del agresor mayor de edad, nunca podría aceptarse que utilizara a un menor de edad para reafirmar su particular opción sexual, pues, como se afirmó en la sentencia Rol N° 1683, *"en ese supuesto, la víctima –menor de edad- pasaría a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del 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."* (Considerando 33°);

22°. Que, sin perjuicio de lo que se ha venido precisando, este voto debe rechazar cualquier idea de ver en el artículo 365 del Código Penal un intento de reprimir la expresión de determinada orientación sexual que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo abarca la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas (Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, considerando N° 133).

En efecto, tal y como ha quedado demostrado en el examen de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 365 del Código Penal, ampliamente desarrollada en la sentencia Rol N° 1683, no fue la inclinación sexual de víctimas y agresores lo que motivó la tipificación del delito de sodomía. Más bien, ello se debió a la necesidad de proteger la indemnidad sexual de los menores de edad en forma acorde, por lo demás, con los lineamientos provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos;





23°. Que, por las razones expresadas, estos Ministros rechazarán, asimismo, la alegación referida a la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley contenida en el requerimiento.

V. Transgresión del derecho a la privacidad.

24°. Que, el tribunal requirente también ha estimado como vulnerado el derecho a la intimidad y vida privada del adolescente varón, consagrado en el artículo 19 N° 4° de nuestra Constitución;

25°. Que, en su sentencia anterior recaída sobre el precepto legal actualmente impugnado, esta Magistratura argumentó que el derecho a la privacidad *"no puede ser concebido como un derecho absoluto, protegido contra cualquier tipo de limitación legal"* (STC Rol N° 1683, considerando 38°). En este sentido, la misma sentencia indica, como primera hipótesis en la cual se admite la intromisión estatal en la vida privada de sus administrados, la práctica de hechos delictuales; en segundo lugar, se permiten limitaciones al derecho a la privacidad en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior (STC Rol N° 1683, considerandos 39° y 40°);

26°. Que, precisamente, los dos supuestos sintetizados en el considerando anterior, se cumplen en el caso de autos. Ello, por cuanto el artículo 365 del Código Penal –como se explicó– fue dictado con la importante finalidad de resguardar la integridad física, síquica y espiritual del adolescente E.A.M.L., víctima, en la especie, del delito contemplado en el precepto legal impugnado, según la teoría del caso planteada por la defensa.

"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 su vida personal y social." (STC Rol N° 1683, considerandos 41°);

27°. Que, como ha quedado demostrado, la introducción del artículo 365 del Código Penal en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de la determinación de los supuestos que lo configuran, constituye una limitación constitucionalmente admisible al derecho a la vida privada, a la vez, que resulta una medida justificada al fin perseguido por el legislador. Por esta razón, se desechará igualmente este capítulo de inconstitucionalidad.

VI. Vulneración de la libertad personal.

28°. Que, asimismo, postula el tribunal requirente que podría estimarse infringido el derecho a la libertad y autodeterminación sexual, invocando al efecto el artículo 19 N° 7° de la Constitución;

29°. Que, tal como se recordó en la STC Rol N° 1683, quedó constancia en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución –encargada de la redacción del anteproyecto de la Constitución Política de 1980–, que la



definición del contenido de la garantía del artículo 19 N° 7° del Texto Fundamental fue que la libertad personal a la que se refiere esa norma constitucional, es la libertad ambulatoria. Así, *"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"* (STC Rol N° 1683, considerandos 48°).

En consecuencia, 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. Esta última tesis, originalmente propuesta por el comisionado Alejandro Silva Bascuñán, fue expresamente descartada;

30°. Que, ahora bien, que el Constituyente de 1980 haya comprendido la libertad personal como libertad física o de movimiento, *"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."* (STC Rol N° 1683, considerando 51°);

31°. Que, de esta forma, tal como se sostuvo en la jurisprudencia anterior, *"quien practica el acceso carnal definido en 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."* (STC Rol N° 1683, considerandos 52°). Cabe agregar, en esta oportunidad, que no cabe dentro del ordenamiento jurídico una concepción en virtud de la cual una persona se transforme en "medio" para la satisfacción de los fines egoístas de otro como ocurre con los instintos sexuales. Como ya se ha dicho, una concepción de esa naturaleza pugnaría profundamente con el reconocimiento de la sustancial dignidad que caracteriza a toda persona conforme al artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental.

Por esta razón, se desechará igualmente este capítulo de inconstitucionalidad.

VII. Consideraciones finales relativas al caso concreto.

32°. Que el auto motivado de fojas 18 se centra en el argumento de la autodeterminación sexual del menor de 18 años y mayor de 14 reconociendo la indemnidad sexual sólo respecto de los menores de esta edad.

Sin embargo, este voto ya ha demostrado que, desde el punto de vista de la historia legislativa, el valor de la indemnidad sexual –a diferencia de la libertad sexual- fue el bien jurídico protegido al tipificar el delito del artículo 365 del Código Penal en sus términos actuales;





33°. Que, además, el requerimiento del Tribunal Oral en lo Penal de Talagante se articula en torno a la necesidad de proteger la decisión privada de una persona desde el punto de vista de su opción sexual.

Es aquí donde precisamente se esfuma la posibilidad de declarar la inaplicabilidad del artículo 365 del Código Penal atendidas las circunstancias del caso concreto que se ventila ante dicho órgano jurisdiccional.

En efecto, de la carpeta investigativa que estos Ministros han tenido a la vista para emitir su parecer se desprende que:

- a) El menor manifiesta haber sido violado por el acusado mediante introducción anal (fojas 6) agregando, posteriormente, que también lo fue por vía bucal (fojas 23);
- b) El menor tenía 17 años al momento de la ocurrencia de los hechos;
- c) El menor confiesa homosexualidad en el informe psiquiátrico forense agregando, no obstante, que nunca había tenido experiencia sexual en pareja (fojas 69).

De estos antecedentes se desprende que, pese a la teoría del caso esgrimida por la defensa del acusado, el proceso que se ventila ante el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante se inició como consecuencia de la denuncia efectuada por la madre de un menor que sostiene haber sido violentado sexualmente. Ello permite dudar, en principio, de que haya existido consentimiento del joven pese al reconocimiento de su condición de homosexualidad;

34°. Que, a pesar de que el análisis de los hechos destinados a configurar la existencia del delito cometido es una atribución propia del juez de fondo, estos Ministros no pueden dejar de advertir que, en la especie, no parecen darse, en ningún caso, las circunstancias que supongan el ejercicio libre de una determinada opción sexual por parte de quien manifiesta, por el contrario, haber sido agredido sexualmente contra su propia voluntad.

De esta forma, y aún cuando se insistiera en desconocer la voluntad legislativa expresada en la tipificación del delito del artículo 365 del Código Penal, los antecedentes del caso concreto sometido a la decisión de esta Magistratura, no brindan fundamento para declarar la inaplicabilidad de dicho precepto legal, por lo que quienes suscriben este voto estuvieron por rechazar el requerimiento.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre al rechazo del presente requerimiento, teniendo en consideración que las circunstancias acreditadas ante este Tribunal no permiten concluir razonablemente que la norma impugnada pueda ser aplicada en la gestión pendiente de autos. La acusación del Ministerio Público, junto con otros medios probatorios ofrecidos en el proceso penal, no muestran de manera alguna que estemos en presencia de la intención de criminalizar una conducta homosexual consentida, sino que por el contrario, buscan la sanción del acusado por el delito de violación consumada de un menor de edad. En efecto, el ente persecutor narra en su acusación cómo la víctima menor de edad

fue engañada por una persona adulta para ser llevado a una habitación donde se encontraban solos, a pretexto de revisarle una herida, para luego inmovilizarlo y penetrarlo tanto bucal como analmente (fojas 3 y siguientes del expediente). La tesis del Ministerio Público, además, es sostenida en base a las mismas declaraciones de la víctima, su familia, e informes periciales psiquiátricos (fojas 11 y 12). Así también lo recalca el voto por rechazar el requerimiento, en sus considerandos 31º a 33º.

Lo argumentado previamente constituye, de acuerdo a este Ministro, razón suficiente para el rechazo del presente requerimiento.

II. VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO

Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, señora María Luisa Brahm Barril y señores Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez, estuvieron por acoger el requerimiento, en virtud de las siguientes consideraciones:



I. LA IMPUGNACIÓN

1. Que el juez titular del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, en el marco de un proceso por delito de violación de mayor de 14 años, ha solicitado la inaplicabilidad del artículo 365 del Código Penal. Este castiga a *"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"*.

Los hechos que desataron la persecución penal ocurrieron en una fiesta familiar. Ahí, un adulto, en el marco de un vínculo homosexual consentido, tuvo relaciones sexuales con un menor de 18 años y mayor de 14, cuando fueron sorprendidos por familiares del menor;

2. Que para fundar la inaplicabilidad, se sostiene que esta norma vulnera la dignidad humana, 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, contenida en los artículos 1º y 19 Nº 2, 4, 7 y 26 de la Carta Fundamental;

II. EL DELITO

3. Que lo primero que debemos examinar, es el contenido del precepto cuya aplicación se impugna.

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.";



4. Que los elementos del delito son, en primer lugar, un sujeto activo. Este debe ser 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;

5. 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 3º) 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 4º);

6. 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;

7. 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;

8. Que 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;

9. 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;

10. 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. LAS SENTENCIAS SOBRE HOMOSEXUALIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11. Que esta Magistratura ha tenido la oportunidad de analizar diversas impugnaciones que afectan a los homosexuales. Para una adecuada resolución del presente caso, es importante considerar lo que allí se ha resuelto;

1. La STC 1683/2011

12. Que en esta oportunidad se cuestionó la misma norma que ahora se impugna. En aquella oportunidad, el Tribunal rechazó el requerimiento. Se apoyó en 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;

2. La sentencia 1681/2011

13. Que en aquella oportunidad se cuestionó el artículo 102 del Código Civil, que sólo permite el matrimonio entre un hombre y una mujer. El requerimiento de inaplicabilidad se rechazó por empate de votos. Cuatro de sus Ministros estuvieron por elaborar una prevención. En esta, sostuvieron que la Constitución no reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio. Asimismo, que la Constitución no define el modelo de familia. La sexualidad, agregó, forma parte de la vida privada de las personas y todas ellas tienen derecho a establecer relaciones con terceros respetando su libertad y madurez psicológica. Corresponde al Congreso, no a esta Magistratura dictar las normas legales correspondientes que definan entre quiénes debe celebrarse válidamente el matrimonio;

3. La sentencia 2681/2014

14. Que, en esta oportunidad, se cuestionó una causal del divorcio culpable, consistente en que uno de los cónyuges despliega una conducta homosexual. El requerimiento fue rechazado por empate de votos. Sin embargo, cuatro Ministros estuvieron por acoger el requerimiento. Consideraron que había una discriminación arbitraria en esa causal, porque no se atentaba contra la exclusividad en el matrimonio; no se refería al adulterio ni a la fidelidad. Para estos Ministros, la expresión "conducta homosexual" no exige actos externos. Sanciona la orientación sexual. Por la mera conducta homosexual, sin calificación alguna, se permite configurar la causal de divorcio culpable;

IV. SENTENCIAS DEL DERECHO COMPARADO

15. Que, por otra parte, también existen sentencias del derecho comparado que son interesantes de considerar al momento de resolver este caso.

Un examen del derecho comparado 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.

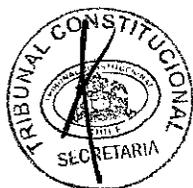
A modo ejemplar, señalaremos algunos casos;

16. Que 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, Nº 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 Nº 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) Nº 7455/2001);

V. LAS APERTURAS DEL LEGISLADOR HACIA LOS HOMOSEXUALES

17. Que, por otra parte, es necesario considerar una serie de aperturas que ha tenido en nuestro país el legislador democrático hacia el mundo homosexual;

1. La Ley de no discriminación

18. Que, en primer lugar, el año 2012 entró en vigencia la Ley Nº 20.609. La Ley de No discriminación, conocida como Ley Zamudio, establece que existe una discriminación arbitraria cuando hay una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los



derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Se considera que carece de justificación razonable las distinciones que se funden, entre otros criterios, en el sexo, la orientación sexual, la identidad de género. Tal discriminación permite al afectado, por la acción u omisión, interponer una acción ante los tribunales, a fin de que el tribunal deje sin efecto el acto discriminatorio.

La ley establece que son criterios justificados, aquellos que se funden en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, que establece. Estos derechos son los establecidos en los artículos 19 N° 4, 6, 11, 12, 15, 16 y 21. Ninguno de ellos son los que se estiman infringidos en el presente requerimiento;

2. Ley del Acuerdo de Unión Civil

19. Que por medio de la Ley N° 20.830, del año 2005, se permite el acuerdo de unión civil. Este es un contrato celebrado entre dos personas, que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos, derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Dichos contrayentes se denominan convivientes civiles.

Pueden celebrar este contrato, todas las personas. Las únicas excepciones son, por una parte, los que se encuentren ligados por un vínculo matrimonial no resuelto o un acuerdo de unión civil vigente. Por la otra, no pueden celebrarlo entre sí, los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Pueden celebrarlo, entonces, las personas del mismo sexo;

VI. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN EL DERECHO COMPARADO.

20. Que, a partir del año 2001, los Países Bajos se convirtieron en el primer país en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Luego siguió Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Islandia (2010), Portugal (2010), Dinamarca (2012), Francia (2013), Inglaterra y Gales (2014), Escocia (2014), Finlandia (2014), Luxemburgo e Irlanda (2015), Alemania (2017).

En América del Norte, Canadá lo reconoció el 2005, Estados Unidos el 2015, México el año 2015.

En Sudamérica, Argentina (2010), Uruguay (2013), Brasil (2013), Colombia (2016), también lo han validado.

En otros continentes, lo ha hecho Sudáfrica (2006) y Nueva Zelandia (2013).

En varios de estos casos, fueron los tribunales que permitieron este matrimonio. Así sucedió en Sudáfrica (2006), en Brasil (2013), en Estados Unidos (2015). En los otros casos, se hizo por la vía del legislador;

VII. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

21. Que antes de hacernos cargo de los argumentos de la mayoría, debemos sentar los criterios interpretativos que nos llevarán a tomar una decisión.

1. Homosexuales son personas

22. Que los homosexuales son personas. Como tales, son sujetos de derechos. Ellos son, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana.

Nada hay en el lenguaje de la Constitución que permita considerar a los homosexuales en una situación de inferioridad respecto de los heterosexuales.

Como ha dicho esta Magistratura, al analizar la expresión "*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*",

"SEXAGESIMONOVENO. Que, efectivamente, esta expresión apunta a resaltar el hecho que esta condición no se hereda. Las personas por ese solo hecho, y a partir de ahí, adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más. Automáticamente, por el nacimiento, sin que se requiera acto, contrato, registro o reconocimiento. También esta condición no se pierde. No es temporal, por un tiempo. Se tiene para siempre. De ahí que no se suspenda ni se prive, ni se cancele, ni se pueda renunciar a ella. Pasa a ser inherente. Además, esta condición la tienen todas las personas. No hay ser humano o grupo de estos, privilegiados que tengan esta condición, y otros no. La tienen los hombres y las mujeres, cualquiera sea su orientación sexual o su identidad de género, los niños, los jóvenes, los adultos, los creyentes y no creyentes, los casados y los solteros, los que pertenezcan o no a etnias originarias, los que tengan alguna enfermedad o alguna discapacidad, los chilenos y los extranjeros. Al tenerla todos, es oponible también a todos;"



2. Efecto del principio democrático en materia penal.

23. Que, en segundo 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;

24. 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 6º 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;

25. 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);

3. Existencia de categorías sospechosas.

26. Que, en tercer 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 N° 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);

4. Principio pro-libertate.

27. Que, en cuarto 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° 1º) y, por la otra, al mandar que en la sociedad las personas deben lograr "su mayor realización espiritual y material posible" (artículo 1º, inciso cuarto) y al reconocer que todas las personas, al nacer libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1º, inciso primero), tienen garantizada la expresión de su sexualidad;

28. 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;

29. 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;

5. La Constitución como norma abierta.

30. Que, en quinto 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 Nº 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."*;

31. 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 determinadas 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";

6. El menor como sujeto de derechos.

32. Que, en sexto 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), pueden celebrar actos y contratos, sujetos a autorización o ratificación posterior (artículos 1447, inciso segundo, y 1693 del Código Civil); también pueden, bajo ciertos supuestos, abortar (ley N° 21.030)

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;

33. 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;

34. 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;

35. 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, 30º 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."

36. 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;

En enseguida, 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);

37. 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;

38. 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 rol 1683, 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 Nº 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;

39. Que, finalmente, 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 entonces diputado I. 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 J. 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 A. 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 F. Bayo sostuvo que el proyecto *“incrementa lo antinatural o amoral entregando una orientación desafortunada e irresponsable a los jóvenes.”*;

VIII. PRIMERA CAUSAL PARA ACOGER: SE AFECTA LA IGUALDAD

40. Que, luego de todo lo anterior, podemos entrar al fondo del asunto. La primera causal para acoger el presente requerimiento, es que afecta la igualdad antes la ley. En efecto, 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;

41. 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;

42. 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;

43. 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. 105º.);

44. 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, 42º período de sesiones, 2009).

El sexo, la orientación sexual y la identidad de género, han sido consideradas como factores no razonables de discriminación por la ley N° 20.609;

45. 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);

46. 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;

47. 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);

48. 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";

49. 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;

50. 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;

51. 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;

52. 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;

VIII. SEGUNDA CAUSAL PARA ACOGER: SE AFECTA INTIMIDAD.

53. Que una segunda causal para acoger el presente requerimiento, radica en que 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;

54. Que este Tribunal ha reconocido que la sexualidad es parte de la vida privada. Así ha señalado: *"El artículo 19 N° 4º 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. 9º). 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;

55. Que la Constitución, en su artículo 19 N° 4º, 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;

56. 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;

57. 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,

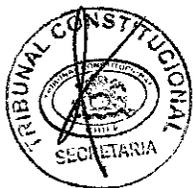


sin atender a su libre consentimiento, sanciona sus relaciones homosexuales y lo trata como un objeto de protección y no como una persona, sujeto de derechos;

58. Que el delito tiene una presunción de que hay abuso, engaño o fuerza por el solo hecho de que un menor de 18 años y mayor de 14, tenga una relación sexual con un hombre mayor. La figura penal no considera el consentimiento. El consentimiento en el sexo es más relevante que en otros actos, por el carácter personalísimo y privado del mismo. El niño, en esos márgenes de edad, hombre o mujer, hetero u homosexual, tiene derecho a practicar y disfrutar del sexo, sin que haya reproches externos, estereotipos o estigmatizaciones.

59. Que, en consecuencia, por las 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.

Se previene que la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez concurren a la decisión de acoger el requerimiento sólo respecto de los argumentos jurídicos que se encuentran expuestos en los considerandos 1º a 10º y en los considerandos 40º, 42º, 43º, 44º, 45º, 47º, 48º, 49º, 50º, 51º, 52º, 53º, 54º, 55º, 56º, 57º, 58º y 59º.



Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6º, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

1) QUE, HABIÉNDOSE PRODUCIDO EMPATE DE VOTOS, NO SE HA OBTENIDO LA MAYORÍA EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, NUMERAL 6º, DE LA CARTA FUNDAMENTAL PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD REQUERIDA, MOTIVO POR EL CUAL SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.

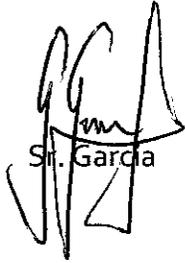
2) DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 22. OFÍCIESE AL EFECTO.

Redactaron la sentencia, en cuanto al voto por rechazar el requerimiento, la Ministra señora Marisol Peña Torres, y, en cuanto al voto por acogerlo, el Ministro señor Carlos Carmona Santander. La prevención al voto por rechazar fue redactada por el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, y la prevención al voto por acoger, por el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez.



Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 3205-17-INA.



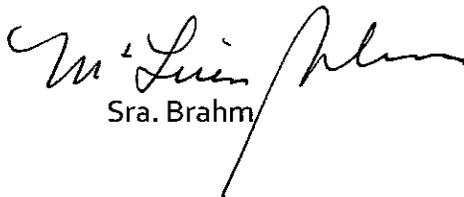
Sr. García



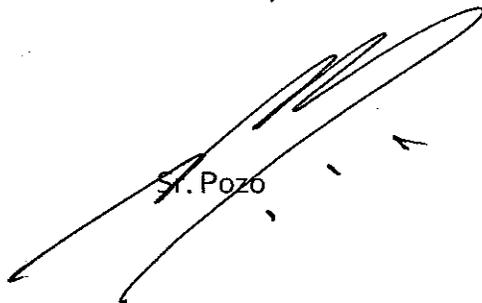
Sr. Aróstica



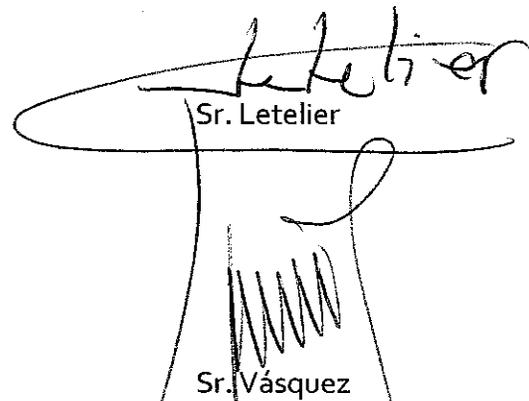
Sr. Hernández



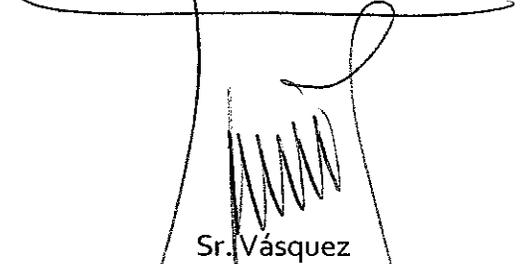
Sra. Brahm



Sr. Pozo



Sr. Letelier



Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señores Carlos Carmona Santander y Juan José Romero Guzmán concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman, por haber cesado en el ejercicio de sus cargos, los dos primeros, y por encontrarse con feriado, el tercero.

Autoriza la Secretaria suplente del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.

