



000209

Dorcientes nueve

Santiago, cuatro de enero de dos mil once.

VISTOS:

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

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

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

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

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



*Docecientos diez*

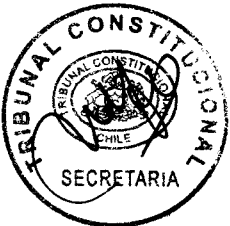
encontrándose actualmente pendiente la audiencia de juicio oral.

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

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

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

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





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

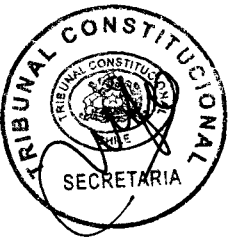
Señala que el eje del principio de igualdad es lo diferente, no lo igual, que el juicio de igualdad sólo debe considerar las diferencias que resulten esenciales, y que la discriminación sea injusta no depende del hecho de la diversidad sino del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para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

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

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

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

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





000212

4

Doseientos doce.

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

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

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

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

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





000213

5

Docientos trece.

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

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

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

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





000214 6

Doscientos Catorce .

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

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

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

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





000215

Doscientos quince

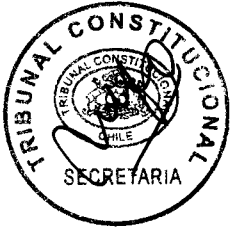
la homosexualidad femenina en el tipo penal y al preterir la conducta en que el menor es el que accede carnalmente.

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

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

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

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





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

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

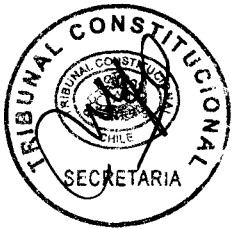
CONSIDERANDO:

I. El conflicto de constitucionalidad sometido a esta Magistratura.

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

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

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





000217 9

Dieciento diecisiete

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

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

QUINTO: Que el precepto cuya inaplicabilidad se solicita señala:

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

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





Derechos humanos

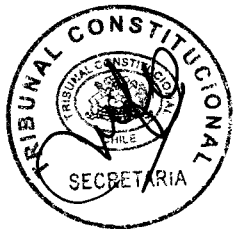
Derechos Humanos, estos últimos en relación con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución;

II. Antecedentes respecto del delito de sodomía.

1. Evolución del artículo 365 del Código Penal.

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

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





000219

11

Dorcientos diecimene

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

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

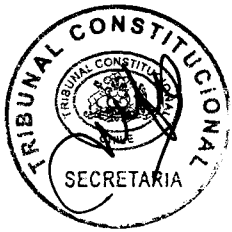
2. Redacción actual del artículo 365 del Código Penal.

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

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

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

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





consideración transversal y permanente, conforme se demostrará a continuación.

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

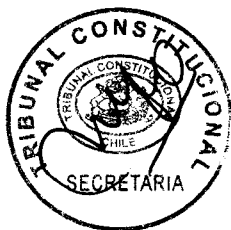
"Artículo 361. La violación de una persona será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

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

- 1° Cuando se usare fuerza o intimidación.*
- 2° Cuando la persona se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, y se abusa de su enajenación.*
- 3° Cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiera resistir.*
- 4° Cuando la víctima sea menor de doce años cumplidos, aun cuando sea con su voluntad.*

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

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





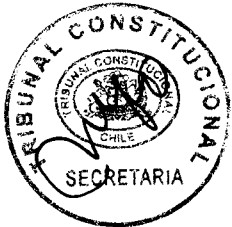
000221

Diciembre Veintiano.

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

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

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



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

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



Docientos Veintidos.

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

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

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

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



*Donciento Veintitres.*

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

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

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

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





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

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

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

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





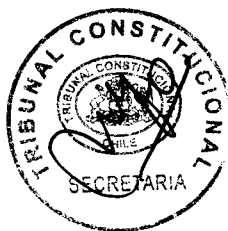
objeto la protección de los menores de edad, de su bienestar físico y psicológico y de su indemnidad sexual.

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

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

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

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





Documentos Veintiseis.

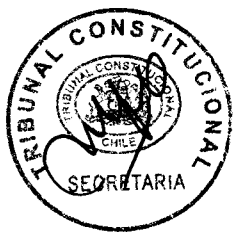
último. Pero lo más importante es que las prácticas de sexo oral, en estricto rigor, no constituyen una forma de penetración, salvo que expresamente se les dé ese carácter en virtud de una ficción, como efectivamente lo hacen los artículos 361 y 363." (Ob. cit., pp.351-352).

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

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

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

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





000227

19

Dorcientos Veintisiete

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

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

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

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

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

