

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL

INFORME EN DERECHO

Unconstitutionality of article 365 of the Criminal Code. Legal Report

Resumen: El presente informe en derecho fundamenta la inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal en razón de vulnerar la igualdad ante la ley, el derecho a la vida privada, discriminando en razón de la orientación sexual, y por atentar también en contra del principio de legalidad en su vertiente de *Lex Certa*. Para llegar a esta conclusión los autores analizan normativa y jurisprudencia comparada, como asimismo la historia del cuestionado artículo 365, y en especial el artículo 4° de la Ley 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente.

Abstract: This legal report supports the unconstitutionality of article 365 of the Chilean Criminal Code based on the violation of equality before the law, the principle of legality or “rule of law” (*Lex certa*), the right to a private life, and discrimination due to sexual orientation. The authors make a comparative study of statutes, case law and history of the article 365, mainly the article 4 of the Juvenile Liability Act.

Palabras clave: Igualdad ante la ley - vida privada - discriminación en razón de orientación sexual - *Lex certa*.

Keywords: Equality before the law - private life - discrimination based on sexual orientation - *Lex certa*.

1. El trato estatal debido a las orientaciones sexuales minoritarias

1.1. Una afirmación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica frecuentemente citada sostiene que los derechos y garantías constitucionales...

“...ha[n] de extraer su significado del desarrollo gradual de los estándares de decencia que marcan el progreso de una sociedad que madura”.¹

El trato otorgado por el Estado a las minorías por razón de orientación sexual es un claro caso de aplicación de esa afirmación. La jurisprudencia constitucional ofrece importantes ejemplos de reconsideración de decisiones judiciales que se pronuncian sobre el trato estatal debido a las minorías por razón de orientación sexual a la luz de la evolución cultural de las naciones a la que pertenecen esos tribunales.

¹ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958) (traducción suplida). La afirmación de la Corte Suprema se refiere específicamente al significado de las expresiones “cruel e inusual” empleadas por la octava enmienda de la constitución federal norteamericana.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, por ejemplo, sostuvo en 1957 que la prohibición penal de la homosexualidad masculina, dispuesta por el entonces vigente § 175 del Código Penal, no era contraria a la ley fundamental alemana en virtud de la consideración de las buenas costumbres (*Sittengesetz*, literalmente “ley de las costumbres”) como justificación de la restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad.² Cincuenta años más tarde, habiendo el legislador alemán derogado el § 175 del Código Penal de 1871³ y reconocido legalmente a las parejas del mismo sexo,⁴ el mismo tribunal ha declarado inconstitucional, por violación del derecho a la igualdad, el establecimiento de diferencias entre los cónyuges matrimoniales y los miembros de una pareja de por vida (*Lebenspartnerschaft*) en relación con determinados derechos laborales y previsionales del servicio público.⁵

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró en 1986 que no violaba derecho constitucional alguno la prohibición penal de la sodomía por los estados federados, delito comprensivo entre otras conductas del coito oral y anal consentido por hombres adultos.⁶ Diez años más tarde, sin embargo, la misma Corte declaró incompatible con la constitución federal una propuesta de reforma constitucional estatal que pretendía impedir la extensión de la protección contra la discriminación a personas homosexuales en el Estado de Colorado.⁷ Finalmente, en el año 2003 la Corte revocó de modo expreso el precedente de 1986, afirmando en términos categóricos la inconstitucionalidad de la prohibición penal de la sodomía consentida entre adultos y calificando explícitamente su decisión anterior como un error.⁸

Especialmente pertinente para el análisis de la cuestión que ocupa a este informe es el ejemplo del Tribunal Constitucional de Austria. Este tribunal declaró en 1989 que el § 209 del Código Penal austríaco, que penalizaba la relación sexual entre un hombre mayor de 19 años y un hombre menor de 18 pero mayor de 14 años, no era inconstitucional.⁹ En 2002, el mismo tribunal declaró inconstitucional dicha disposición legal.¹⁰ La declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional

² Sentencia de 10 de mayo de 1957 (BVerfGE 6, 389). El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en el artículo 2-1, de la ley fundamental, que es del siguiente tenor: “Cualquiera tiene derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto no lesione los derechos de otros y no atente contra la ley fundamental o las buenas costumbres”. El § 175 del Código Penal disponía en su inciso primero: “El hombre que realiza acciones deshonestas (*Unzucht*) con otro hombre o que se deja abusar deshonestamente por éste será castigado con prisión”.

³ El § 175 del Código Penal alemán de 1871 fue derogado por la 1ª Ley para la Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969.

⁴ Las parejas del mismo sexo fueron reconocidas en Alemania por la Ley sobre parejas de por vida inscritas, de 16 de febrero de 2001.

⁵ Sentencia de 7 de julio de 2009 (1 BvR 1164/07), en: *Juristische Zeitung* 1/2010, p. 37. El derecho a la igualdad se encuentra establecido en el artículo 3 de la Ley Fundamental alemana, cuyo primer inciso dispone: “Todos los seres humanos son iguales ante la ley”.

⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁷ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁹ Sentencia de 3 de octubre de 1989 (G227/88, G2/89).

¹⁰ Sentencia de 21 de junio de 2002 (G6/02).

de Austria ha sido respaldada por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que el § 209 del Código Penal austríaco viola el derecho a la igualdad tomado en conjunto con el derecho a la vida privada.¹¹

1.2. El artículo 365 del Código Penal chileno actualmente vigente fue establecido en 1999 por la Ley 19.617, que introdujo diversas modificaciones al Código Penal en relación con la regulación de los delitos de significación sexual dejó subsistente del antiguo delito de sodomía el caso de acceso carnal oral o anal a un hombre menor de 18 pero mayor de 14 años cometido sin los medios o circunstancias de los delitos de violación o estupro.

La derogación del antiguo artículo 365 y la introducción del nuevo precepto tuvo en su momento el carácter de una solución de compromiso adoptada al interior de la Cámara de Diputados, entre una posición partidaria de despenalizar por completo el antiguo delito de sodomía y una posición partidaria de mantener intacta la prohibición penal. El surgimiento de una prohibición parcial de la homosexualidad, reducida a la relación homosexual con un menor de edad, como compensación de la derogación de la prohibición general no es algo inusual en el derecho comparado.¹² Pero el derecho comparado también demuestra que el progresivo desenvolvimiento de las consideraciones de igualdad y libertad que justifican la derogación de la prohibición general conduce a que esa prohibición parcial sea eliminada o drásticamente modificada.¹³

Los más de 10 años transcurridos desde el establecimiento del artículo 365 ofrecen la perspectiva suficiente para hacer valer entre nosotros esas consideraciones de igualdad y libertad. Tales consideraciones no excluyen *a priori* la constitucionalidad de toda regulación que pretenda ofrecer una protección más intensa a menores púberes frente a situaciones potencialmente traumáticas de contacto sexual con

¹¹ *L. y V. v. Austria*, Sentencia de 9 de enero de 2003 (N° 39392/98 y 39829/98); *Wolfmeyer v. Austria*, sentencia de 26 de mayo de 2005 (N° 5263/03).

¹² Así, por ejemplo, la 4ª Ley para la Reforma del Derecho Penal, de 23 de noviembre de 1973, estableció como primer inciso del § 175 del Código Penal alemán la siguiente disposición: “El hombre mayor de dieciocho años que realiza acciones sexuales sobre un hombre menor de dieciocho años o que deja que un hombre menor de dieciocho años las realice sobre él, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa equivalente”. Como más adelante se verá, en Austria y en el Reino Unido fueron establecidas reglas semejantes cuando se derogó la norma que prohibía en esos países la homosexualidad masculina consentida entre adultos.

¹³ Así, la 29ª Ley de modificación del derecho penal, 31 de mayo de 1994, suprimió el § 175 y modificó el § 182, ambos del Código Penal alemán, hasta entonces referido a la seducción de una mujer menor de 16 años pero mayor de 14, estableciendo en su lugar un delito de abuso sexual de jóvenes –mayores de 14 años pero menores de 16 años–, mediante (i) aprovechamiento de una situación de necesidad, (ii) contraprestación de dinero o (iii) aprovechamiento de la falta de capacidad de autodeterminación sexual. El § 182 no establece distinciones atendiendo al carácter heterosexual u homosexual de las acciones realizadas. Como más adelante se verá, en Austria fueron establecidas reglas semejantes cuando se derogó la norma que prohibía en esos países la homosexualidad masculina con menores de edad, y en el Reino Unido se terminó por establecer una regulación general de los delitos de significación sexual que no hace diferencias basadas en el género de los autores o víctimas.

mayores de edad. Lo que resulta inconstitucional no es ese propósito de política legislativa, sino el modo específico como el legislador chileno lo concretó en el artículo 365.

2. El artículo 365 del Código Penal

2.1 El artículo 365 del Código Penal chileno 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”. Las fuentes materiales del Código Penal chileno no contemplaban una norma como ésta. Debido a la influencia del Código Penal de Napoleón (1810), ni el Código Penal español de 1850 ni tampoco el Código Penal belga de 1867 establecieron diferencias entre el comportamiento sexual heterosexual y el homosexual. El artículo 365 del Código Penal chileno de 1875 se explica como la pervivencia del derecho colonial español, que en esta materia se remonta al derecho visigótico.¹⁴ A ese origen se debe el hecho de que la ley no describiera el comportamiento prohibido, sino que se limitara a mencionar el delito, lo que originó las previsibles discusiones doctrinales en torno al sentido y alcance de dicha expresión.

La redacción intermedia (1972-1999) del artículo 365 del Código Penal se debe a la Ley 17.727, que entró en vigencia el 27 de septiembre de 1972. Esta ley agregó dos nuevos incisos al precepto originario de 1875, 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, la privación de razón o sentido de la víctima o su condición de menor impúber. Tratándose de esta última circunstancia, la Ley 17.727 fijó para la sodomía la edad inferior a los 14 años. En virtud de esta relación sistemática, los nuevos supuestos fueron denominados por un sector de la doctrina como “violación sodomítica”.¹⁵

La redacción actual, como se ha dicho, fue introducida por la Ley 19.617, publicada en el Diario Oficial el 12 de julio de 1999. Esta ley modificó la configuración de los delitos de violación y estupro, incluyendo dentro de ellos el

¹⁴ Fuero Juzgo, leyes 5 y 6, título vi, libro iii; Fuero Real de Alfonso X, ley 12, título ix, libro iv; Partida Séptima, título 21, ley 1; Novísima Recopilación, leyes 1 y 2, título 30, libro 12 (correspondientes a una instrucción de los Reyes Católicos de 1497 y a una pragmática de Felipe II de 1598). La denominación de este comportamiento –predominantemente referido al coito anal masculino– como “sodomía” se basa en la interpretación del pasaje bíblico de la destrucción de las ciudades de Sodoma y Gomorra (Génesis 19) como castigo de la homosexualidad de sus habitantes. Esa interpretación del pecado sodomítico es actualmente controvertida, considerándose que en el contexto del Antiguo Testamento (por ejemplo, Jueces 19, 22-30; Sabiduría 19, 13-14) dicho pecado corresponde más bien a la comisión de actos violentos de maltrato brutal a los extranjeros en violación de los deberes de hospitalidad (John Boswell, *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualidad*, Barcelona, Muchnick Editores S.A., 1993, p. 115-131; Mark D. Jordan, *The Invention of Sodomy in Christian Theology*, Chicago: University of Chicago Press, 1997, p. 30-37).

¹⁵ Así, Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, Santiago: Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976 (2ª ed.), Tomo IV, p. 68-69. Cabe señalar, además, que por una errada aplicación del mandato legal respectivo, el DFL N° 3, de 10 de mayo de 1992, sustituyó la expresión legal “el que se hiciere reo de”, del inciso primero del artículo 365 por la expresión “el procesado por”.

acceso carnal oral o anal a un hombre, lo que trajo consigo, por razones sistemáticas, la derogación de los incisos segundo y tercero del artículo 365. Esta modificación venía propuesta en el mensaje presidencial que inició la tramitación del proyecto de ley respectivo (Boletín N° 1048-07). En cuanto al inciso primero, el mensaje presidencial no contemplaba modificaciones. El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, en cambio, lo sustituyó por el siguiente:

Artículo 365.- El 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, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio.¹⁶

En segundo trámite constitucional, el Senado aprobó la nueva tipificación de los delitos de violación y estupro y la consiguiente derogación de los incisos segundo y tercero del artículo 365, pero rechazó la modificación del inciso primero del artículo 365 aprobada por la Cámara.¹⁷ La Cámara de Diputados rechazó esa alteración del proyecto por el Senado en tercer trámite constitucional.¹⁸ En la Comisión Mixta respectiva se aprobó por mayoría de votos la propuesta de la Cámara de Diputados para el inciso primero del artículo 365, pero con una nueva redacción, del siguiente tenor:

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.¹⁹

La propuesta de la Comisión Mixta fue aprobada por la Cámara de Diputados el 15 de diciembre de 1998 y por el Senado el 29 de diciembre del mismo año. El proyecto de ley aprobado por el Congreso fue objeto de un veto aditivo por el Presidente de la República que no se relacionaba con el precepto aquí analizado, pero que retrasó su tramitación. Con la aprobación del veto presidencial por el Congreso, el proyecto fue finalmente promulgado el 2 de julio de 1999 y publicado en el Diario Oficial el 12 de ese mismo mes.

2.2. La interpretación del sentido y alcance del artículo 365 exige identificar su fin de protección. Esa es una cuestión controvertida.

¹⁶ Oficio N° 744, de 2 de agosto de 1995, Art. 1° N° 13-a). La modificación fue acordada inicialmente por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados en su primer informe, de 10 de mayo de 1995 (Art. 1° N° 12-a).

¹⁷ Oficio N° 11620, de 9 de septiembre de 1997, Art. 1° N° 13. El proyecto aprobado por el Senado contemplaba como nuevo inciso segundo del Art. 365 una regla que resolvía el posible concurso entre los Arts. 361, 361 y 363 (violación y estupro) y el inciso primero del Art. 365 en su redacción originaria, disponiendo la exclusiva aplicación de los primeros.

¹⁸ Oficio N° 2014, de 16 de junio de 1998.

¹⁹ Informe de 5 de noviembre de 1999, Art. 1° N° 10.

Un sector de la doctrina considera que el artículo 365 es un resabio del precepto legal originario del Código Penal de 1875, por lo que su fin de protección es la vigencia de la moral social sexual tradicional.²⁰ Esa comprensión no tiene en cuenta, sin embargo, que conforme al tenor literal del precepto, reafirmado por la historia fidedigna de su establecimiento, sólo comete el delito quien accede carnalmente al menor. El menor no tiene la calidad de un interviniente en el delito, como correspondería si se tratara de una infracción de la moral social sexual, sino la calidad de víctima del delito. Así lo dejan entender además los artículos 369, 369 quáter, 370 bis y 372 ter del Código Penal, que se refieren a él precisamente como “persona ofendida” o “víctima”.

El reconocimiento de este dato legal conduce a otro sector de la doctrina a concebir el delito tipificado por el artículo 365 como un delito de corrupción del menor, esto es, como una perturbación del normal desarrollo de su capacidad de autonomía sexual.²¹ Conforme a esta concepción, el fin de protección de la norma se encontraría indirectamente en la autonomía sexual, entendida no como capacidad actual sino potencial. Esta concepción admite sin embargo dos modalidades completamente diferentes. Una alternativa consiste en concebir la corrupción del menor como un resultado traumático que es necesario acreditar en cada caso concreto para justificar la punibilidad, aunque la ley no lo exija explícitamente.²² Otra alternativa consiste en entender que el resultado traumático no es un elemento del tipo, por lo que se trataría de un delito de peligro abstracto contra la autonomía sexual del menor.²³ Esta segunda alternativa conduce a la conclusión de que la ley equipara la posición del menor púber a la posición del menor impúber tratándose del acceso carnal homosexual masculino. La ley declararía a los hombres menores de edad como personas sexualmente intocables (intangibles) en relación con la acción de acceder carnalmente a ellos, prescindiendo por completo de cuál sea su voluntad. Equivale, en suma, a declarar a los hombres mayores de 14 años pero menores de 18 años como legalmente incapaces de consentir en el acceso carnal a ellos.

La concepción del artículo 365 como una norma que sanciona un delito contra la moral social y su concepción como una norma que declara sexualmente intocable al menor de edad violan los derechos a la vida privada y a la igualdad ante la ley. La concepción del artículo 365 como una norma que sanciona contactos sexuales traumáticos para el menor genera un riesgo prácticamente inevitable de violación de esos derechos y en todo caso discrimina arbitrariamente entre el trato penal otorgado al acceso carnal heterosexual y el trato otorgado al acceso carnal homosexual.

Antes de examinar la inconstitucionalidad del artículo 365, a la luz de estas consideraciones es necesario atender a la incidencia en esta materia del artículo 4° de la

²⁰ Vivian R. Bullemore, John R, Mackinnon, *Curso de Derecho Penal*, Santiago, Legal Publishing 2009 (2ª ed.), Tomo III, p. 166-167.

²¹ Así, Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de Derecho Penal Chileno-Parte Especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 270-271; Mario Garrido Montt, *Derecho Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo III, p. 429-430; Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 249-255.

²² Así, Rodríguez Collao, *op. cit.*, *supra*, nota 21, *loc. cit.*

²³ Así, Politoff et al., *op. cit.*, *supra*, nota 21, *loc. cit.*; Garrido Montt, *op. cit.*, *supra*, nota 21, *loc. cit.*

Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

3. El artículo 4° de la Ley 20.084

3.1. Durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley 19.617 se propuso dos veces, sin éxito, establecer una regla eximente de penalidad por el delito previsto y sancionado por el nuevo artículo 365 para aquellas personas que tuvieran una diferencia de edad inferior a los 4 años.²⁴

La necesidad de una exención de responsabilidad penal de esas características se hizo más urgente con la entrada en vigencia de la Ley 19.927 el 14 de enero de 2004, que entre otras modificaciones elevó a 14 años la edad de la condición de impúber para los delitos de significación sexual. Este nuevo límite de edad trajo como consecuencia la declaración legal de la incapacidad de las personas de 12 o 13 años de edad para consentir en la realización de cualquier clase de acciones de significación sexual con ellas, materia respecto de la cual la ley las había considerado como capaces desde 1875. A partir del 14 de enero de 2004, las personas de 12 o 13 años de edad son sexualmente intocables (intangibles) como si fueran infantes. A pesar de esta transformación de las condiciones legales bajo las que tiene lugar el desarrollo de la sexualidad de los menores púberes, la Ley 19.927 tampoco contempló una regla que impidiera la penalización de los contactos de significación sexual entre jóvenes.

Esta omisión del legislador penal tiene una explicación. Como es sabido, hasta antes de la implementación del nuevo sistema de responsabilidad juvenil por infracciones a la ley penal, la responsabilidad penal de los menores de edad se encontraba subordinada a dos condiciones: (i) el menor debía tener una edad a lo menos de 16 años al momento de la comisión del delito, y (ii) el tribunal de menores debía declarar que el menor obró con discernimiento al momento de cometer el delito. La limitación de edad y la incertidumbre que rodeaba la declaración de discernimiento restaban importancia a la necesidad de contar con una eximente de responsabilidad penal que protegiera a los jóvenes en el ejercicio de su sexualidad. Con la iniciativa legal que dio origen a la Ley 20.084 se hizo indispensable el establecimiento de esa exención.

Aunque el mensaje presidencial con que fue iniciada la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley 20.084 (Boletín N° 3021-07) no contemplaba una regla semejante, una indicación presidencial formulada en el primer trámite constitucional subsanó ese vacío y la Cámara de Diputados introdujo como inciso final del artículo 6° la siguiente regla:

No podrá procederse penalmente respecto de los delitos contemplados en los párrafos 5° y 6° del Título VII del Libro II del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de 14

²⁴ La historia fidedigna de la Ley 19.617 se examina con más detalle en la sección 5.4 de este informe; allí se da cuenta de ambas propuestas.

años y no concurra alguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre la víctima y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362 o de tres años en los demás casos.²⁵

En segundo trámite constitucional el Senado aprobó esa regla como nuevo artículo 4° del proyecto, con una nueva redacción, del siguiente tenor:

Artículo 4°. Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.²⁶

Con esta redacción la regla fue aprobada en definitiva como parte de la Ley 20.084, promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre del mismo año.

3.2. Como salta a la vista, la exención de procesabilidad penal establecida por el artículo 4° de la Ley 20.084 se encuentra primariamente redactada para enfrentar el problema de las acciones de significación sexual que tienen lugar entre una o más personas menores de edad pero mayores de 14 años y una o más personas menores de 14 años. En ese contexto, si la persona que es responsable ante la Ley 20.084 –mayor de 14 años- no ha abusado del menor de 14 años en los términos señalados por los números 1° a 3° del artículo 361 del Código Penal²⁷ o por los números 1° a 4° del artículo 363 del Código Penal,²⁸ queda exenta de procesabilidad aun cuando haya tenido contacto sexual con una persona impúber, con tal que tenga con ella una diferencia de edad inferior a 2 años para el caso de que ese contacto haya consistido en acceso carnal, o de 3 años para el resto de las acciones de significación sexual.

En un supuesto de hecho definido por la condición impúber de la víctima, la mención al artículo 365 está fuera de lugar, porque por definición legal el menor que es objeto del acceso carnal conforme dicho precepto es un hombre mayor de 14

²⁵ Oficio N° 3872, de 6 de agosto de 2002.

²⁶ Oficio N° 25.927, de 14 de septiembre de 2005.

²⁷ Usar de fuerza o intimidación; hallarse la víctima privada de sentido o aprovecharse de su incapacidad para oponer resistencia; abusar de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

²⁸ Abusar de una anomalía o perturbación mental aun transitoria de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno; abusar de una relación de dependencia de la víctima; abusar del grave desamparo en que se encuentra la víctima; engañar a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

años.²⁹ En sus propios términos, la regla de la Ley 20.084 exime de responsabilidad al menor de 14 o 15 años que sin abuso accede carnalmente a un menor de 12 o 13 años. Tan extraña como la mención del artículo 365 del Código Penal en este contexto es la omisión de mención del artículo 365 bis N° 2 del mismo código. Esta disposición, introducida por la Ley 19.927, sanciona con pena de crimen la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal, anal o bucal a una persona menor de 14 años. Es decir, presupone una víctima coincidente con el supuesto de hecho del artículo 4° de la Ley 20.084.

Por cierto, concluir que el acceso carnal a un menor de 12 o 13 años de edad puede quedar exento de procesabilidad bajo la Ley 20.084, pero no así el acceso carnal a un menor de 14, 15, 16 o 17 años de edad, aunque la diferencia de edad con él sea menor a 2 años, es completamente absurdo. Para evitar ese absurdo debe interpretarse el artículo 4° de la Ley 20.084 en el sentido de que la mención al artículo 365 opera por sí sola como regla eximente de procesabilidad penal. En todo caso, aun bajo esta interpretación permanece incierto cuál sea la diferencia máxima de edad entre los intervinientes exigida por el legislador para eximir al que accede carnalmente, si 2 o 3 años. Si la expresión legal “conducta descrita en el artículo 362” se interpreta como referida solamente a la acción sexual cometida, entonces la eximente exigiría no más de 2 años de diferencia de edad; en cambio, si se la interpreta como referida a todos los elementos del tipo del delito correspondiente, incluyendo la edad de la víctima, la eximente cubriría hasta los 3 años de diferencia de edad. En consecuencia, tratándose del adolescente que accede carnalmente a un menor con quien tiene una diferencia de edad superior a los 2 años pero inferior a los 3 años la Ley 20.084 deja en la incertidumbre su procesabilidad penal bajo el artículo 365.

Por último, aun si la incertidumbre antedicha se resolviera en los términos más favorables para el menor que accede carnalmente a otro, permanecerían siempre las consecuencias absurdas de un dato indesmentible. La eximente sólo es aplicable a adolescentes respecto de su responsabilidad bajo el régimen especial establecido por la Ley 20.084. Por tal razón, una pareja de jóvenes que tienen entre sí menos de 2 años de diferencia de edad y que practican el acceso carnal no son procesables cuando ambos son menores de edad, pero si uno de ellos cumple 18 años y accede carnalmente al que sigue siendo menor de edad, comete el delito del artículo 365 en condiciones de plena responsabilidad bajo el Código Penal, que no contempla esa eximente. En otras palabras, mientras menos razones existen para considerar merecedor o necesitado de pena el comportamiento desde el punto de vista de la protección del menor de edad, más graves con las consecuencias penales para quien lo realiza.

²⁹ Bullemore y Mackinnon consideran que la remisión del artículo 4° de la Ley 20.084 al artículo 365 es un “burdo error del legislador” (*op. cit., supra*, nota 20, p. 168).

4. Primera causal de inconstitucionalidad: establecimiento de diferencias arbitrarias entre autores de distintas edades

4.1. La entrada en vigencia de la Ley 20.084 produjo como consecuencia la inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, a raíz de la arbitrariedad con que la legislación trata la punibilidad del autor del acceso carnal a un hombre menor de edad cuya edad es cercana a la de ese menor.

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 incremente con el aumento de la edad de la víctima.

Por lo tanto, la vigencia del artículo 4° de la Ley 20.084 hace inconstitucionalmente arbitraria, por infracción del artículo 19 N° 2 inciso segundo de la Constitución, la punibilidad que es consecuencia de la aplicación del artículo 365 del Código Penal.

4.2. La razón expuesta en el apartado precedente corresponde íntegramente en sus consecuencias a la razón en virtud de la cual el Tribunal Constitucional de Austria declaró inconstitucional el precepto correspondiente del Código Penal austríaco, invalidándolo.

El § 209 del Código Penal austríaco de 1974, en la versión del Art. II N° 8 de la Ley sobre Administración de Justicia para hechos punibles cometidos por jóvenes, de 18 de noviembre de 1988, disponía lo siguiente:

§ 209. La persona de sexo masculino y de diecinueve años cumplidos que realice acciones deshonestas (*Unzucht*) con una persona del mismo sexo mayor de catorce pero menor de dieciocho años será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años.

En el contexto del Código Penal austríaco, similar al actual contexto del Código Penal chileno, las acciones sexuales realizadas con menores de 14 años son punibles

independientemente del modo o circunstancia de su comisión, y las acciones de significación sexual heterosexuales u homosexuales femeninas con mayores de 14 años sólo son punibles si concurre alguna de las circunstancias de abuso previstas por la ley.

En relación con el precepto en cuestión, el Tribunal Constitucional de Austria sostuvo en su sentencia de 21 de junio de 2002 lo siguiente:

El § 209 del Código Penal comprende exclusivamente acciones homosexuales consentidas (esto es, sin coacción y sin abuso de una relación de autoridad por una persona mayor) entre personas de sexo masculino, en tanto uno de ellos ya haya cumplido 19 años de edad y el otro haya cumplido 14 pero no 18 años de edad.

Los contactos homosexuales masculinos entre personas de la misma edad (por ejemplo, entre personas de dieciséis años), y también entre miembros de una pareja cuya diferencia de edad no exceda de un año, quedan en todo caso impunes.

Tampoco constituyen acciones punibles (inicialmente) los contactos sexuales entre miembros de una pareja cuya diferencia de edad se encuentre entre uno y cinco años, en tanto ninguno de ellos sea menor de catorce ni mayor de diecinueve años.

La disposición penal impugnada conduce por lo tanto –y sin otro ejemplo en el Código Penal- tratándose de contactos homosexuales entre personas masculinas penalmente responsables a una secuencia cambiante de impunidad (inicial), luego punibilidad y luego nuevamente impunidad, dependiendo la duración de los dos primeros períodos de impunidad y punibilidad de la medida de la diferencia de edad.

Puesto que el supuesto de hecho del § 209 del Código Penal también comprende contactos sexuales (masculinos) entre personas en una relación homosexual inicialmente no punibles, la norma es en sí misma como carente de fundamento objetivo desde la perspectiva constitucional: el legislador parte de que una relación entre personas de sexo masculino con una diferencia de edad de más de un año pero menos de cinco años no es contraria al fin de protección por él perseguido en una medida que deba ser objeto de control mediante el derecho penal. Pero entonces carece de fundamento objetivo conminar con una pena esa relación sólo porque el miembro de la pareja de mayor edad alcanza los diecinueve años hasta el cumplimiento de los dieciocho

años por el miembro de menor edad (esto es, sólo durante un determinado período).³⁰

Por estas razones, el Tribunal Constitucional de Austria invalidó en su sentencia el § 209 del Código Penal a contar del 28 de febrero de 2003. El 13 de agosto de 2002, el legislador austríaco introdujo en reemplazo de la disposición invalidada un nuevo § 207b en el Código Penal, relativo al abuso sexual de menores de edad. Este nuevo artículo consta de tres incisos, en los cuales la ley configura atentados constitutivos de abuso del menor en virtud de las circunstancias que concurren (aprovechamiento de la falta de madurez del menor, superioridad en razón de una mayor edad, aprovechamiento de la situación de necesidad del menor, contraprestación económica). El nuevo precepto no establece diferencias entre las acciones de significación sexual heterosexuales y homosexuales.³¹

5. Segunda causal de inconstitucionalidad: violación del derecho a la vida privada

5.1. La Constitución Política de la República asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4). Este derecho fundamental no sólo garantiza a su titular un margen relevante de control de la difusión de información para él sensible. También le asegura un ámbito de acción exento de control estatal. No se trata del derecho a la intimidad espacial o de las comunicaciones, garantizado por el artículo 19 N° 5. Ese es un derecho de exclusión del contacto con otros, que no otorga a su titular una inmunidad respecto de prohibiciones legales de comportamientos por el solo hecho de realizarlos en esos espacios o con ocasión de esas comunicaciones. El derecho a la vida privada, por el contrario, es un derecho de libertad que asegura la no intervención estatal en ciertos ámbitos de acción por su especial significación para la persona. En palabras de John Stuart Mill:

[H]ay una esfera de acción, en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo, o que si afecta también a los demás, es sólo por una participación libre, voluntaria y reflexivamente consentida por ellos. (...) [L]a libertad humana exige libertad para nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan

³⁰ Verfassungsgerichtshof, G 6/02(N° 16565), disponible en: www.ris.bka.gv.at (traducción suplida).

³¹ La aplicación del § 207b por los órganos de prosecución penal sí ha mantenido, sin embargo, un sesgo discriminatorio de la homosexualidad masculina. Esa práctica discriminatoria ha sido observada por el Parlamento Europeo, que ha exhortado a Austria a una aplicación libre de discriminación del precepto legal (Resolución acerca de la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, de 4 de septiembre de 2003, párrafo 79).

nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada.³²

En el contexto de documentos constitucionales que no contemplan nominativamente un derecho a la vida privada, la jurisprudencia constitucional comparada ha encontrado equivalentes para asegurar el mismo contenido garantista. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha reconocido un derecho a la privacidad (*privacy*), basándolo en las penumbras de las garantías constitucionales, en la ley natural, en el derecho al debido proceso sustantivo y en la cláusula de igual protección de la enmienda XIV.³³ Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha reconocido un “ámbito autónomo de configuración privada de la vida” como parte del derecho general de personalidad, con apoyo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 2-I de la Ley Fundamental, en conexión con el principio de la intangibilidad de la dignidad humana, establecido por su artículo 1.³⁴

El Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, consagra en su artículo 8-1 una disposición semejante a la norma constitucional chilena:

Artículo 8.

Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Dentro de los distintos contenidos concretos que la Corte Europea de Derechos Humanos ha asignado a este derecho en su jurisprudencia ocupa un lugar fundamental su comprensión como un derecho a la autonomía personal.³⁵ En los términos de la propia Corte:

[L]a esencia misma de la Convención es el respeto por la dignidad y la libertad humana. Bajo el artículo 8 de la Convención en particular, donde la noción de autonomía personal es un importante principio subyacente a la interpretación de sus garantías, se brinda protección a la esfera personal de de cada individuo, incluyendo el derecho a establecer detalles de su identidad como seres humanos.³⁶

³² *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza Editorial, 1979, p. 68-69.

³³ John E. Novak, Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, St. Paul-Minnesota, 2004 (7a ed.), §§ 11.7, 14.26-14.30.

³⁴ Hans D. Jarass, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz” (“El derecho general de la personalidad en la Ley Fundamental), *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, p. 857 s.

³⁵ N. A. Moreham, “The right to respect for private life in the European Convention on Human Rights: a re-examination”, 1 *European Human Rights Law Review* (2008) 44.

³⁶ *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, sentencia de 11 de julio de 2002 (N° 28957/95), 90.

El artículo 8-1 del Convenio europeo coincide en términos prácticamente literales con el Art. 11-2/3 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica³⁷ y con el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³⁸ ambos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile y vigentes. En tal calidad, se trata de un derecho humano que debe ser respetado y garantizado por los órganos del Estado, conforme lo dispone el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política.

5.2. En tanto derecho de autonomía personal, el derecho a la vida privada comprende el derecho a la realización de acciones de significación sexual entre personas del mismo sexo, libremente consentidas. La prohibición legal de esas acciones que no se justifique por razones particularmente apremiantes viola ese derecho.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha declarado al respecto:

El Art. 2 inciso 1 en conexión con el Art. 1 inciso 2 de la Ley Fundamental brinda protección a la esfera más estrechamente personal, a la que pertenece el ámbito sexual, el cual comprende la autodeterminación sexual del ser humano y con ello el encontrar y reconocer la propia identidad sexual así como la propia orientación sexual. En esta esfera, que pertenece al ámbito más íntimo de la personalidad, sólo puede intervenir si concurren intereses públicos especiales.³⁹

La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, por su parte, ha declarado:

El caso involucra a dos adultos que, con completo y mutuo consentimiento recíproco, se involucraron en prácticas propias de un estilo de vida homosexual. Los recurrentes tienen derecho al respeto de su vida privada. El Estado no puede devaluar su existencia ni controlar su destino haciendo un crimen de su conducta sexual privada. Su derecho a la libertad bajo la cláusula del debido proceso les otorga el pleno derecho a involucrarse en su conducta sin intervención del gobierno. “Es una promesa de la

³⁷ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. (...) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

³⁸ Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

³⁹ Sentencia de 27 de mayo de 2008: BVerfGE 121, 175 [190], citando las sentencias BVerfGE 49, 286 [298] y 115, 1 [14] (traducción suplida).

Constitución que existe un ámbito de libertad personal en el que el gobierno no puede penetrar”.⁴⁰

Finalmente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado:

[L]a mantención en vigencia de la legislación impugnada [Ley de Ofensas a la Persona de 1861, secciones 60 y 61; Ley de Enmiendas del Derecho Criminal de 1885, sección 11] constituye una interferencia continua con el derecho del recurrente al respeto a su vida privada (la que incluye su vida sexual) dentro del sentido del Artículo 8 párrafo 1 (art. 8-1). En las circunstancias personales del recurrente, la sola existencia de esta legislación afecta continua y directamente su vida privada (...): o bien él respeta la ley y se abstiene de involucrarse –incluso en privado con contrapartes masculinas que consienten– en actos sexuales prohibidos a los cuales se encuentra dispuesto en razón de sus tendencias homosexuales, o comete esos actos y con ello se hace susceptible de prosecución criminal (...) El presente caso concierne un aspecto de los más íntimos de la vida privada. Acorde con ello, deberá haber razones particularmente serias para que las interferencias por parte de las autoridades públicas puedan ser legítimas (...).⁴¹

5.3. Las consideraciones precedentes se refieren a acciones sexuales consentidas por adultos y realizadas en privado. El tratamiento de las acciones sexuales realizadas en espacios públicos o ante terceras personas que no han consentido en presenciarlas no es pertinente para este informe. Sí lo es el tratamiento de acciones sexuales realizadas con un menor de edad.

El Código Penal chileno distingue entre dos categorías de menores: los impúberes (menores de 14 años, desde la entrada en vigencia de la Ley 19.927) y los púberes (menores de 18 pero mayores de 14 años). Los menores impúberes son objeto de una protección absoluta,⁴² en el sentido de que su consentimiento es irrelevante como causa de exclusión de la punibilidad. Por eso se caracteriza el fin de

⁴⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 580 (2003) (traducción suplida). Un análisis de esta sentencia se encuentra en Tomás Vial Solar, “Homosexuales y autonomía sexual en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema norteamericana: *Lawrence v. Texas*”, en: *Derecho y Humanidades* N° 10 (2004), p. 235-249.

⁴¹ *Dudgeon v. The United Kingdom*, sentencia de 22 de octubre de 1981 (N° 7525/76), 41, 52 párrafo 3. Seguido en *Norris v. Ireland*, sentencia de 26 de octubre de 1988 (N° 8225/78), *Modinos v. Cyprus*, sentencia de 22 de abril de 1993 (N° 15070/89), *A.D.T. v. the United Kingdom*, sentencia de 31 de Julio de 2000 (N° 35765/97). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sostenido una afirmación enteramente equivalente en relación con el derecho a la vida privada garantizado por el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su dictamen sobre el caso *Toonen v. Australia*, de 4 de abril de 1994 (CCPR/C/50/D/488/1992, párrafos 8.2-8.6).

⁴² Artículos 362, 365 bis N° 2, 366 bis, 366 quáter incisos primero y segundo.

protección de la ley penal a su respecto como indemnidad o incolumidad sexual. Los menores púberes son objeto de una protección intensificada, pero no absoluta.⁴³ La intensificación consiste en la extensión de la punibilidad a formas de abuso más allá de las circunstancias propias del delito de violación y menos graves que ellas. La exigencia de la concurrencia de alguna circunstancia constitutiva de abuso del menor es una condición de la protección penal del menor. Por eso no se trata de una protección absoluta, sino condicionada. Esto significa que la ley penal reconoce relevancia al consentimiento del menor púber como razón para dejar impune el comportamiento.

El particular estatuto del menor púber ante la ley penal se explica por dos consideraciones. En primer lugar, que el desarrollo de la capacidad de autonomía sexual del menor púber no es incompatible con la experiencia sexual previa a la adquisición de plena autonomía; por el contrario, es mediante la adquisición progresiva de experiencia sexual como el menor desarrolla gradualmente su capacidad de autonomía sexual. En segundo lugar, que el estado todavía en desarrollo de la capacidad de autonomía sexual del menor púber lo hace especialmente vulnerable. La primera consideración justifica el reconocimiento de la relevancia de su consentimiento, por contraste con los impúberes; la segunda consideración justifica la mayor extensión de la protección penal, por contraste con los adultos.

En este contexto, la prohibición del acceso carnal a un hombre menor de edad pero mayor de 14 años resulta anómala si se la interpreta como una prohibición absoluta. Así interpretada, implica desconocer toda relevancia al consentimiento del menor. Dado que esta prohibición afecta la vida privada de los interesados en practicar el acceso carnal homosexual, tanto del que accede al menor como del menor, es necesario que ella se encuentre justificada por razones legítimas y muy poderosas.

5.4. Las razones tenidas a la vista por el legislador para establecer el artículo 365 actualmente vigente se encuentran en los documentos en que consta la historia fidedigna de la disposición.

El mensaje presidencial que dio origen a la tramitación del proyecto de ley respectivo no contemplaba modificaciones al artículo 365. Esa modificación fue introducida por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el marco de una confrontación entre posiciones extremas contrapuestas. A pesar de la posición adversa a la homosexualidad de la Iglesia Católica Romana, de la que se da cuenta, la Comisión se inclinó por consideraciones de prudencia a despenalizar la prohibición penal de la homosexualidad consentida:

Con todo, una reforma del derecho penal, con vistas a no considerar como actos criminales las relaciones homosexuales que no atenten contra el bien común, parece aceptable. Lo que dos individuos realicen en la esfera de su intimidad no tiene por qué ser castigado, aunque constituyera una falta ética. De igual modo que la ley no penetra en la vida privada de personas heterosexuales cuyas relaciones fueran deshumanizantes y

⁴³ Artículos 363, 365 bis N° 3, 366 inciso segundo, 366 quáter inciso final.

pecaminosas, cuando no se traspasan los límites del bien común.⁴⁴

No obstante estas consideraciones proclives al respeto a la vida privada y a la igualdad, la Comisión de la Cámara consideró que la anormalidad moral de la homosexualidad justificaba que el Estado estableciera ciertas prohibiciones penales. En sus palabras:

El sentido común aconseja, sin embargo, que esto que no es normal no es conveniente que se haga en forma pública, porque puede repercutir en la sociedad de diversas maneras. Impacta presenciar actos de homosexuales y puede producir daño en las personas; en los menores puede producir corrupción, llevar a una deformación y a un conflicto. De modo que la práctica de esta homosexualidad genuina debe ser privada, para que no sea un elemento perturbador en la sociedad.

Sobre estas últimas argumentaciones, se resaltó la aparición de un homosexualismo militante, a veces agresivo, que se organiza y se exhibe, poniendo en el banquillo de los acusados a la sociedad toda por represiva y por discriminatoria. Está demostrado que una permisividad jurídica respecto a situaciones como ésta introduce a los países en una escalada que llega indefectiblemente a plantear diferentes derechos civiles de los homosexuales y a la consideración jurídica de sus relaciones anormales.

La sodomía, por lo demás, es un delito en cuanto implica la realización de un acto contra la naturaleza. Es un acto intrínsecamente negativo. Pero también lo es en el sentido de corrupción, en cuanto supone el consentimiento de ambas partes y tiende a permanecer en el tiempo. Al producir el hábito, las partes involucradas tienden a no valorarla como algo malo, produciéndose un problema muy importante de alteración de la conciencia.

La simple despenalización plantearía una cantidad de interrogantes al cuerpo social respecto de la licitud de la homosexualidad. Hay que evitar dar una señal de que esta conducta “atípica” pasa a ser, una conducta común y normalmente aceptada. Esta relación no tipificada hoy en día, porque es privada, al exteriorizarla y hacerla pública provoca la

⁴⁴ *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación* (Boletín N° 1048-07), de 10 de mayo de 1995, acordado en sesiones de fechas 17 y 31 de agosto, 9 de noviembre y 14 de diciembre de 1994; 4 y 18 de enero, 1, 8 y 15 de marzo, 5 y 12 de abril, y 10 de mayo de 1995, con asistencia de los señores Chadwick (Presidente), Ascencio y Bombal; señoras Allende y Cristi; señores Cardemil, Elgueta, Espina, Ferrada, Gajardo, Luksic, Martínez Ocamica y Pérez Lobos; señora Pollarollo; señor Ribera; señora Saa; señores Walker y Viera Gallo, y señora Wörner, p. 14.

alteración de la convivencia del cuerpo social. Al menos, la sociedad chilena se altera.⁴⁵

Las expresiones de la Comisión explican la consagración en el proyecto de una norma destinada a sancionar como falta a “El que públicamente ofendiere el pudor con acciones o conductas con personas del mismo sexo”, que se propuso como nuevo N° 22 para el artículo 494 del Código Penal,⁴⁶ pero que en definitiva no prosperó. En la comprensión de la Comisión, sin embargo, estas expresiones también explicarían la consagración en el proyecto de un nuevo artículo 365 para el Código Penal, destinado a sancionar penalmente al adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo. En virtud de ello, se tiene que la finalidad del nuevo artículo 365 del Código Penal, en la representación de sus redactores originarios, es la de reforzar la desvaloración de la homosexualidad por la moral social, previniendo la corrupción de menores de edad en el sentido de una “alteración de la conciencia” que puede conducir a la “aceptación normal” de la homosexualidad. El hecho de que la disposición aprobada por la Comisión en su primer informe describiera al autor del delito como “el adulto” podía implicar una comprensión más matizada del comportamiento delictivo, en el sentido de una seducción abusiva basada en la superioridad por diferencia de edad. Su eliminación posterior en virtud de la aprobación por unanimidad de una indicación en ese sentido⁴⁷ demuestra sin embargo que esa idea no desempeñó un papel relevante en la representación de la propia Comisión durante el primer trámite constitucional.

En el segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordó mantener el inciso primero del artículo 365 vigente a ese momento. Se propuso primero la derogación pura y simple de ese inciso, luego la introducción de modificaciones al proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, exigiéndose una diferencia de edad de 4 años entre el autor del acceso carnal y el menor carnalmente accedido, y finalmente la aprobación del proyecto aprobado por la Cámara en sus mismos términos. La Comisión rechazó las tres propuestas por 3 votos contra 2.⁴⁸ Las razones esgrimidas para mantener el inciso primero del artículo 365 sin modificaciones son muy semejantes a las razones dadas por la Comisión de la Cámara para sustituirlo por la norma que ella propuso:

Algunos HH. Señores integrantes de la Comisión razonaron que no puede desconocerse que el tema conlleva la existencia de una carga valórica importante, que excede los solos criterios de técnica jurídica. Pusieron de relieve que la revisión de este

⁴⁵ *Informe...* cit., p. 14-15.

⁴⁶ Art. 1° N° 23 del proyecto aprobado por la Comisión (*Informe*, cit., p. 15 y 28).

⁴⁷ *Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación* (Boletín N° 1048-07-2), de 5 de julio de 1995, p. 7.

⁴⁸ *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación* (Boletín N° 1048-07-2), de 22 de enero de 1997, p. 32-35. Votaron sucesivamente en contra de las propuestas los senadores Sergio Fernández, Hernán Larraín y Miguel Otero; lo hicieron a favor los senadores señores Juan Hamilton y Anselmo Sule.

tipo penal no es una de las ideas matrices del proyecto de ley, y que la eliminación del castigo a la sodomía podría entenderse como la emisión de una señal inconveniente a la población, en cuanto a que sería como socialmente aceptable una conducta que es naturalmente desviada, lo que puede derivar en que más adelante se intente equiparar la pareja homosexual a la pareja heterosexual.⁴⁹

En el segundo trámite reglamentario, se presentó una indicación para derogar el delito de sodomía y la Comisión, por las mismas razones, volvió a rechazar la propuesta.⁵⁰

En tercer trámite constitucional, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados fueron reiteradas las consideraciones formuladas en el primer trámite constitucional y sin más razones se acordó rechazar la proposición del Senado.⁵¹

En el seno de la Comisión Mixta formada para resolver las discrepancias entre ambas cámaras, los diputados defendieron la propuesta de su Cámara en los siguientes términos:

Los HH. Diputados que se encontraban presentes en la sesión de la Comisión Mixta pusieron de relieve que el punto importante en esta materia es proteger a los menores de edad, por su mayor vulnerabilidad, y a eso apunta el texto aprobado en el primer trámite constitucional. Coherentemente, se desincrimina la relación sexual libremente consentida entre mayores de 18 años.⁵²

Como salta a la vista, esta justificación prescinde de la representación moral adversa a la homosexualidad que caracterizaba al discurso de la Cámara y se concentra en la especial necesidad de protección de los menores de edad por su vulnerabilidad. Asociadas a esa idea fueron planteadas dos propuestas de modificación del texto aprobado por la Cámara, una tendiente a rebajar la edad del menor a personas de edad inferior a los 16 años, y otra tendiente a exigir una diferencia de edad de 4 años entre el autor y el menor. Ambas propuestas fueron rechazadas, aprobándose sólo la sustitución del a ese entonces vigente inciso primero del artículo 365 por la norma

⁴⁹ *Informe, cit.*, p. 33-34.

⁵⁰ *Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación* (Boletín N° 1048-07-2), de 26 de agosto de 1997, p. 46.

⁵¹ *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación* (Boletín N° 1048-07), de 19 de mayo de 1998, p. 22-25.

⁵² *Informe de la Comisión Mixta sobre el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación* (Boletín N° 1048-07-2), de 5 de noviembre de 1998, p. 17.

aprobada por la Cámara.⁵³ Ello, sin embargo, tuvo lugar con una modificación significativa:

Sobre la base de los acuerdos adoptados, la Comisión Mixta sustituyó el concepto de “tener relaciones sexuales” contenido en el texto de la H. Cámara de Diputados por el de “acceder carnalmente”, para guardar concordancia con las normas ya aprobadas en materia de violación y estupro, y, en general, con el contexto del proyecto, en que la alternativa es el acceso carnal u otra acción sexual. Al mismo tiempo, con ello se deja en claro que el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón, lo que se hace cargo del hecho de que el lesbianismo históricamente no ha estado sancionado.⁵⁴

En sus propios términos, la modificación introducida por la Comisión Mixta en la redacción del artículo 365, restringiendo la prohibición al acceso carnal, debe ser entendida como una decisión que salvaguarda la coherencia interna del proyecto desde el punto de vista de la proporcionalidad, en el sentido de no originar respecto del derecho preexistente un efecto de extensión de la punibilidad (la afectación a la sexualidad lésbica, la prohibición de acciones homosexuales masculinas de menor significación) con ocasión de aprobar una decisión que se justificaba como restrictiva de la punibilidad. Lo cual no obsta, naturalmente, que desde el punto de vista más general no implique una reafirmación de la diferencia de trato entre la homosexualidad masculina y la femenina, discriminatoria respecto de la primera.⁵⁵

La defensa ante la Cámara de Diputados del proyecto aprobado por la Comisión Mixta estuvo a cargo de los diputados Ignacio Walker y Pía Guzmán. El primero expresó lo siguiente:

En tercer lugar, respecto del delito de sodomía, que dio lugar a una discusión bastante amplia e intensa durante la tramitación del proyecto en los dos primeros trámites legislativos, no es cierto que se haya optado por despenalizarlo, sino por mantener su sanción cuando la víctima fuere menor de 18 años, justamente, para protegerlo, por suponer que muchas veces es una persona que no es lo bastante madura ni tiene el suficiente discernimiento para decidir algún tipo de relación sexual, en especial si es

⁵³ *Informe, cit.*, p. 18.

⁵⁴ *Informe, loc. cit.*

⁵⁵ En un plano más profundo del análisis cultural, la omisión de la prohibición del lesbianismo puede ser también interpretada como degradación de la mujer. Si se advierte que “la inclinación lésbica es uno de aquellos secretos que sólo sirven a la afirmación de sí mismo, uno de los más protegidos, sobre todo porque ofende (...) la dignidad personal del macho”, es fácil entender que “en la mayoría de los países civilizados las prácticas lésbicas son pasadas por alto por las leyes” (Hans Von Hentig, *Estudios de psicología criminal*, Tomo VIII: *La criminalidad de la mujer lésbica*, Madrid, Espasa-Calpe, 1975, p. 13 y 15).

homosexual. Por lo tanto, lo único que se despenalizó efectivamente es la relación sexual libremente consentida entre homosexuales mayores de edad, porque estimamos que si bien eso puede ser objeto de un reproche moral, mal puede ser constitutivo de delito, en consideración a que el derecho penal es *ultima ratio*, por lo que entra a funcionar cuando todo lo demás ha fracasado.⁵⁶

Por su parte, la diputada Guzmán se expresó del siguiente modo:

Tal como lo señaló el diputado señor Ignacio Walker, el delito de sodomía no ha sido despenalizado, sino que se retipificó, es decir, se amoldó la figura penal a fin de que fuera efectivamente un delito sancionable, para los efectos de que realmente fuera penado. Se entiende que hay sodomía cuando concurren un mayor de edad con un menor de edad. En este caso, primero va a ser penalmente responsable por el acto y se configura la conducta, como el acceso carnal a un varón menor de edad, para hacerlo coincidente con las definiciones de los delitos de violación y de estupro.

Es interesante lo que señala la Comisión Mixta en la página 20 del informe, al poner de relieve que el punto importante en la materia es proteger a los menores de edad por su mayor vulnerabilidad, y a eso apunta el texto aprobado en el primer trámite constitucional. De manera coherente, se discrimina (sic) la relación sexual libremente consentida entre mayores de 18 años.⁵⁷

El examen conjunto de las dos intervenciones demuestra una considerable ambivalencia. Por una parte, la intervención de la diputada Guzmán formula una distinción entre homosexualidad merecedora de pena y no merecedora de pena, atendiendo a la vulnerabilidad por razón de edad de uno de los intervinientes. Por otra parte, la intervención del diputado Walker, si bien atiende a la idea de la protección de una persona vulnerable, termina basando la distinción entre la homosexualidad punible e impune en la necesidad y falta de necesidad de la prohibición penal como medio proporcionado para el logro de un mismo fin, que en su contexto no puede ser otro que el reforzamiento de la reprobación de la homosexualidad por la moral social. En este sentido, la intervención del diputado Walker aparece parcialmente como una reafirmación de las consideraciones predominantes en el primer trámite constitucional del proyecto.

Cabe señalar, en todo caso, que la comprensión dominante en la Cámara resaltó el efecto despenalizador de la sodomía por sobre su continuidad parcial. Así, el diputado Jaime Coloma observó que a juicio de los diputados partidarios de mantener

⁵⁶ Sesión 27, Legislatura 339, en 15 de diciembre de 1998, p. 13 del documento disponible en: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?5,2954

⁵⁷ Sesión, cit., p. 16.

la prohibición penal de la sodomía la modificación propuesta constituía una despenalización y que se veían constreñidos a dar su aprobación a ella debido al impedimento de efectuar votaciones separadas.⁵⁸ Por su parte, el diputado Juan Bustos calificó la modificación como una decisión que dejaba la sodomía “limitada a aquellos casos en los cuales aparece claro un abuso sobre la libertad de otra persona, y queda sólo restringida a aquellos en que hay un abuso sobre un menor”.⁵⁹ Finalmente, la diputada María Antonieta Saa celebró la despenalización de la homosexualidad consentida entre adultos calificando de obsoleta la norma hasta entonces vigente.⁶⁰

La representación del diputado Coloma correspondía a la impresión dominante en el Senado. En su intervención a favor del proyecto propuesto por la Comisión Mixta, el senador Larraín describió el nuevo artículo 365 como una restricción del delito de sodomía, que producía como efecto práctico la despenalización de las acciones homosexuales no contempladas en él,⁶¹ manifestando su disposición a votar favorablemente el proyecto en conjunto a pesar de su discrepancia con algunas modificaciones particulares.⁶² El criterio no fue compartido por el senador Sergio Diez, quien anunció su abstención en consideración a la despenalización de la sodomía.⁶³ Frente a esa intervención, el senador Larraín expresó lo siguiente:

En primer lugar, a propósito de la inquietud del senador señor Diez, debo dejar constancia que la sodomía sigue siendo un delito -me interesa particularmente hacerlo para la historia de la ley-, sólo que circunscrito a los casos de menores de 18 años de edad y entre varones. Las demás situaciones se han despenalizado.

Señalo lo anterior, porque si bien comparto la inquietud del Honorable señor Diez -no era partidario de modificar el tipo penal existente-, es importante entender que la sodomía no se ha despenalizado.

Y esto tiene importancia, por ejemplo, para el caso de la Ley de Adopciones. Lo menciono, porque en dicho cuerpo legal, aprobamos la adopción por parte de solteros o viudas en determinadas hipótesis. Dado que la sodomía sigue siendo un delito, no se puede entender que haya adopción por parte de homosexuales. La sodomía se encuentra configurada en nuestra legislación como delito. Por lo tanto, se protege un bien jurídico.

⁵⁸ Sesión cit, p. 17.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Sesión cit., p. 20.

⁶¹ Legislatura 339a, Extraordinaria, Sesión 13ª, en martes 22 de diciembre de 1998, p. 27 del documento disponible en: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?5,2952

⁶² Sesión, cit., p. 29.

⁶³ Sesión, cit., p. 33-34.

Hago presente lo anterior, para cualquier interpretación que se quiera dar sobre el punto.⁶⁴

Ante una pregunta del senador Roberto Muñoz Barra por la justificación de la penalización exclusiva de la homosexualidad masculina frente al lesbianismo, la respuesta fue la siguiente:

El señor LARRAÍN.- En la historia de nuestra legislación, nunca el lesbianismo -al cual se refiere el señor Senador- ha sido sancionado penalmente.

El señor CHADWICK.- Es una discriminación positiva.

El señor LARRAÍN.- Exactamente.⁶⁵

Desde el punto de vista de los senadores, pues, la igualdad de trato constituye una discriminación positiva.

5.5. La revisión de los trabajos preparatorios de la Ley 19.617 demuestra que la decisión del legislador chileno en orden a penalizar el acceso carnal a un menor de 18 pero mayor de 14 años, sin que concurren las circunstancias propias de la violación o el estupro, no se basó en razones legítimas ni de peso suficiente para justificar la afectación de la vida privada. El legislador no distinguió entre el propósito de reforzar la moral social sexual y el propósito de proteger la autonomía sexual del menor púber. Como es evidente, el mero propósito de reforzar la moral social sexual no puede justificar la afectación del derecho a la vida privada. Si pudiera hacerlo, no se garantizaría un ámbito personalísimo de autonomía como parte del derecho a la vida privada. Ese contenido garantista del derecho a la vida privada tiene sentido, primariamente, como aseguramiento de un ámbito en el cual se pueda tomar distancia crítica respecto de las convicciones socialmente dominantes relativas a la configuración del plan personal de vida.

5.6. La idea de proteger a las personas menores de 18 años en consideración a su mayor vulnerabilidad puede ser consistente con el respeto a la vida privada en la medida en que se identifique la razón de la apreciación de la vulnerabilidad del menor. La exigencia de una diferencia considerable de edad entre el autor del acceso y el menor accedido, por ejemplo, habría expresado la asunción por el legislador de que esa asimetría genera un riesgo de abuso por parte de quien tiene mayor edad. Su omisión por el legislador priva de ese posible fundamento al artículo 365 como razón de la decisión legislativa.

5.7 La prohibición penal absoluta dirigida a quien accede al menor no sólo restringe la autonomía de éste, sino también la autonomía del menor. Como se ha dicho, la prohibición absoluta declara irrelevante el consentimiento del menor. La intangibilidad (indemnidad) sexual del menor que pretende asegurar esa prohibición absoluta no es sólo protección frente a terceros, sino también impedimento para el menor. En otras palabras, implica una afectación de la vida privada del menor. No se

⁶⁴ Sesión, cit., p. 34.

⁶⁵ Sesión, cit., p. 35.

discute aquí la justificación de la prohibición absoluta respecto de impúberes (niños). Lo que está en discusión es su extensión a púberes (adolescentes).⁶⁶

La legislación penal vigente desde 1875 en Chile, y reafirmada en esto por las leyes 19.617 y 19.927, expresa el reconocimiento estatal del desarrollo gradual de la autonomía sexual de los menores de edad, proporcional a su edad. Por eso la ley acepta que el consentimiento del menor púber haga impune la acción sexual realizada por otro con él. Esa aceptación se expresa *a contrario sensu* en los artículos 361, 363, 365 N° 1 y 2, 366 inciso segundo y 366 quáter inciso final: la no concurrencia de las circunstancias previstas en esas disposiciones asegura la impunidad de la acción sexual realizada con el menor bajo el punto de vista de la protección del menor. La diferenciación que el legislador hace respecto del acceso carnal homosexual contradice ese reconocimiento. Ésta no es una cuestión que el legislador pueda decidir discrecionalmente, sin justificarla en razones legítimas y de suficiente peso.

Esa exigencia de justificación es el principio fundamental afirmado durante esta década por la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consentimiento del menor en materia de acciones de significación sexual. En un inicio, la Corte consideró que la determinación de la edad en que el consentimiento es relevante era una cuestión que caía primariamente dentro de la competencia de las autoridades nacionales.⁶⁷ Por su parte, con anterioridad a esa decisión, la Comisión Europea de Derechos Humanos estimó que el establecimiento de esa edad en los 21 años por la legislación inglesa, aunque anormalmente alto en comparación a los demás estados europeos, había sido adoptado por el Parlamento en consideración a la vulnerabilidad de las personas de entre 18 y 21 años.⁶⁸ A la luz de esa decisión, la Comisión validó después el límite de 18 años establecido por el § 209 del Código Penal austríaco.⁶⁹ Sin embargo, en su informe recaído en el caso *Sutherland v. The United Kingdom* de 1 de julio de 1997, la Comisión consideró que las razones ofrecidas por el gobierno británico como fundamento de la prohibición absoluta de realizar acciones homosexuales con menores de 18 años no ofrecían una justificación razonable y objetiva. Esas razones eran (i) que algunos hombres cuya edad oscila entre los 16 y los 18 años no tienen definida su orientación sexual, por lo que son vulnerables a acciones que pueden posteriormente perjudicarlos, y (ii) que la sociedad está legitimada para expresar su desaprobación de la conducta homosexual y su preferencia de que los niños sigan un modo de vida heterosexual. En opinión de la Comisión:

...ninguno de los argumentos ofrece una justificación razonable y objetiva para mantener una edad diferente para el consentimiento de actos homosexuales y heterosexuales o

⁶⁶ Para un examen actualizado de la sexualidad infantil y juvenil desde el punto de vista del derecho penal y el principio de la evitación del daño, Jaime Couso, “La sexualidad de los menores ante el derecho penal”, en: Marcelo Alegre y otros, *Derecho y Sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* (SELA 2009), Buenos Aires, Editorial Librería, 2010, p. 233.

⁶⁷ *Dudgeon v. The United Kingdom*, sentencia de 22 de octubre de 1981 (N° 7525/76), 62.

⁶⁸ *X. v. t United Kingdom* (N° 7215/75).

⁶⁹ *W. Z. v. Austria* (N° 17279/90); *H.F. v Austria* (N° 22646/93).

que mantener esa diferenciación de edad sea proporcionada a algún propósito legítimo al cual sirva. En lo que respecta al primer argumento, se concedió en los debates parlamentarios que la actual opinión médica considera que la orientación sexual se encuentra fijada en ambos sexos ya a la edad de 16 años y que los hombres de edad entre 16 y 21 años no se encuentran en una especial necesidad de protección frente al riesgo de ser “reclutados” en la homosexualidad. (...)

En lo que se refiere al fundamento de la segunda razón –la alegada facultad de la sociedad para indicar desaprobación de la conducta homosexual y su preferencia por un estilo de vida heterosexual–, la Comisión no puede aceptar que esto pudiera en caso alguno constituir una justificación objetiva o razonable para la falta de igualdad del tratamiento bajo la ley penal. Como la Corte observó en su sentencia *Dudgeon* en el contexto del Artículo 8 (art. 8) de la Convención: “Desincriminación” no implica aprobación, y el temor de que ciertos sectores de la población puedan inferir de la reforma de la legislación conclusiones equivocadas a este respecto no brinda una buena razón para mantenerla en vigencia con todas sus injustificables características.⁷⁰

El caso *Sutherland* no fue resuelto por la Corte en vista de que el Parlamento inglés redujo la edad requerida para el consentimiento del menor a los 16 años mediante una reforma legal que entró en vigor el 8 de enero de 2001.⁷¹ No obstante, respecto de otro caso de aplicación de la ley inglesa previa a la reforma de 2001 la Corte consideró el año 2004, tal como lo hiciera la Comisión en el caso *Sutherland*, que la diferencia de edad para el consentimiento de actos homosexuales y heterosexuales constituía una violación del artículo 14 en conexión con el artículo 8, ambos del Convenio Europeo, y ordenó al Reino Unido pagar costas procesales e indemnización de perjuicios al recurrente.⁷²

Entre uno y otro caso, la Corte conoció tres reclamos en contra de Austria, por aplicación del § 209 del Código Penal. La decisión de esos reclamos tuvo lugar con posterioridad a la derogación del § 209 y la introducción del nuevo § 207b en 2002. En lo pertinente, al resolver los reclamos en contra de Austria la Corte sostuvo lo siguiente:

⁷⁰ *Sutherland v. The United Kingdom* (N° 25186/94), 64-65.

⁷¹ *Sutherland v. The United Kingdom* (N° 25186/94), sentencia de 27 de marzo de 2001. La reforma legal de 2001 quedó consolidada en el Reino Unido con la entrada en vigencia de la Ley de Ofensas Sexuales de 2003, uno de cuyos principios fundamentales es la ausencia de toda diferenciación basada en consideraciones de género, sexo u orientación sexual. Al respecto, Raimond Card, *Sexual Offences - The New Law*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2004, especialmente p. 63 s.

⁷² *B.B. v The United Kingdom* (N° 53769/00), sentencia de 10 de febrero/7 de julio de 2004.

Lo que es decisivo es si había una justificación razonable para que hombres jóvenes en el margen de edad de 14 a 18 años necesitaran protección frente a relaciones sexuales con hombres adultos, mientras que las mujeres jóvenes del mismo margen de edad no necesitaban tal protección frente a hombres o mujeres adultas. En conexión con esto, la Corte reitera que el ámbito del margen de apreciación dejado al Estado contratante variará conforme a las circunstancias, la materia y el trasfondo; a este respecto, uno de los factores relevantes puede ser la existencia o no existencia de una base común entre las leyes de los Estados contratantes (...)

El Gobierno descansó en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1989, la que consideró que el artículo 209 del Código Penal era necesario para evitar “una peligrosa presión... puesta por experiencias homosexuales sobre el desarrollo sexual de hombres jóvenes”. No obstante, este punto de vista ha quedado superado por el debate parlamentario en 1995 sobre una posible derogación de la disposición. Tal como fue correctamente destacado por los reclamantes, la vasta mayoría de los expertos que ofrecieron evidencia en el Parlamento claramente se pronunciaron a favor de una misma edad de consentimiento, encontrando en particular que la orientación sexual se encuentra en la mayor parte de los casos establecida antes de la edad de la pubertad y que la teoría de que los adolescentes masculinos son “reclutados” en la homosexualidad ha quedado por lo tanto desaprobada. A pesar de su conocimiento de estos cambios en la perspectiva científica al asunto, el Parlamento decidió en noviembre de 1996, esto es, brevemente antes de las condenas de los reclamantes en enero y febrero de 1997, mantener el artículo 209 en el texto legal.

En la medida en que el artículo 209 del Código Penal consagró un prejuicio predispuesto por parte de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual, estas actitudes negativas no pueden por sí mismas ser consideradas por la Corte como justificación suficiente para el tratamiento diferenciado, no más que actitudes negativas similares respecto de aquellos que pertenecen a una diferente raza, origen o color (...).⁷³

5.8. Las consideraciones de la Comisión y de la Corte del sistema europeo de derechos humanos son enteramente aplicables a la decisión del legislador chileno de 1999 en orden a establecer un precepto legal que prohíbe el acceso carnal a menores de 18 pero mayores de 14 años. La edad de 18 años como límite para la relevancia del

⁷³ *L. and V. v. Austria*, 9 de enero de 2003 (Nº 39392/98 y 39829/98), 49, 51, 65-66; seguido en *Wolfmeyer v. Austria*, 26 de mayo de 2005 (Nº 5263/03).

consentimiento en el acceso carnal homosexual difiere abiertamente de la edad de 14 años como límite para el consentimiento relevante al acceso carnal heterosexual.⁷⁴ Y a la luz de los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de ese precepto el legislador no ofreció justificación razonable y objetiva alguna para establecer esa diferencia.

Tal como lo observó la Comisión siguiendo la sentencia de la Corte en el caso *Dudgeon*, la razón esgrimida por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados para establecer tanto esta prohibición como la prohibición especial de realización de acciones homosexuales en público con ofensa del pudor es inaceptable por innecesaria y desproporcionada: no es legítimo afectar la vida privada de las personas como medio para hacer valer la desaprobación estatal del modo de vida homosexual.

6. Tercera causal de inconstitucionalidad: discriminación por razón de orientación sexual

6.1. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos reseñada en la sección anterior califica la diferenciación de la edad del consentimiento homosexual y heterosexual como una infracción al artículo 14 del Convenio. Dicho precepto es del siguiente tenor:

Artículo 14

Prohibición de discriminación

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

La referencia que este precepto hace a los derechos y libertades del Convenio convierte la prohibición de discriminación en un estándar de control de la justificación de las restricciones que los estados impongan al goce o ejercicio de esos derechos (una “restricción-de-restricciones”). Por esa razón, la infracción al artículo 14 siempre debe examinarse en conexión con la afectación de un derecho del Convenio.

Distinto es el caso del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política. Esta disposición asegura a todas las personas “la igualdad ante la ley” y en consecuencia prohíbe a la ley y a toda autoridad “establecer discriminaciones arbitrarias”. En otras palabras, incluso si se estima que el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución no protege un ámbito de autonomía personal, cabe examinar la arbitrariedad del trato diferenciado otorgado por el Código Penal al

⁷⁴ En el contexto de la Ley 19.617 el contraste era aún más radical, pues la edad que servía de límite para el consentimiento relevante al acceso carnal heterosexual era de 12 años.

consentimiento de los menores de edad para el acceso carnal heterosexual y homosexual.⁷⁵

6.2. Como se ha dicho tantas veces, el artículo 365 establece un tratamiento anómalo en el contexto de la regulación de los delitos de significación sexual, al que sólo se encuentra sometido al acceso carnal homosexual masculino. El consentimiento de la mujer menor de 18 años pero mayor de 14 años al acceso carnal excluye la punibilidad de quien interactúa sexualmente con ella. El consentimiento del hombre menor de 18 años pero mayor de 14 años al acceso carnal, por el contrario, deja intacta la punibilidad de quien interactúa con él. Se trata, pues, de una severa diferenciación en el tratamiento jurídico-penal de unas y otras acciones sexuales, que no sólo restringe la autonomía de quienes intervendrían en el acceso carnal del menor desempeñando el papel activo, sino también del propio menor, por declarar irrelevante su consentimiento.

6.3. Del examen de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.917 se desprende inequívocamente que el legislador consideraba que el acceso carnal homosexual masculino constituía “una falta ética”, algo que “no es normal”, una “relación anormal”, “un delito en cuanto implica la realización de un acto contra la naturaleza”, “un acto intrínsecamente negativo”, “algo malo”, “una conducta que es naturalmente desviada” (sección 5.4). Dada la ausencia de una justificación racional y objetiva de la mayor necesidad de protección de los hombres adolescentes en comparación con las mujeres adolescentes, debe deducirse que fue esta consideración lo que motivó al legislador a establecer la diferencia en cuanto a la edad de consentimiento del menor. El propósito del legislador refleja inequívocamente una actitud negativa de la mayoría heterosexual respecto de la minoría homosexual. En otras palabras, se trata de un acto legislativo de manifiesta discriminación por razón de orientación sexual. Eso infringe la prohibición de discriminación del artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Esta conclusión es compartida por el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas. En su informe de 2 de febrero de 2007 se expresa:

[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.⁷⁶

6.4. Como parte integrante del fin de discriminación por razón de orientación sexual merece particular atención el propósito específico de bloquear un eventual proceso social de reconocimiento de la igualdad de las orientaciones sexuales minoritarias mediante el establecimiento –o mantención– de una norma penal. Es

⁷⁵ Lo mismo cabe decir de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 24) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26).

⁷⁶ Comité de Derechos del Niño, 44º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Chile (CRC/C/CHL/CO/3), párrafo 29.

inequívoco que parte considerable de quienes votaron a favor del proyecto propuesto por la Comisión Mixta, que incluía el nuevo artículo 365 propuesto por la Cámara de Diputados lo hicieron con ese fin preciso. En especial, los senadores que en segundo trámite constitucional se opusieron a la sustitución del inciso primero del artículo 365 a ese entonces vigente y que terminaron aprobando dicha sustitución en los términos propuestos por la Comisión Mixta, lo hicieron bajo la convicción de que de ese modo lograban mantener en el sistema jurídico, aunque parcialmente, el carácter prohibido de la homosexualidad. Y la razón de su interés en ello era bloquear reclamos de reconocimiento judicial de las orientaciones sexuales minoritarias.

Bajo el principio constitucional de prohibición de discriminación arbitraria cabe decir de esta justificación del artículo 365 lo mismo que en su momento dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica respecto de un proyecto de enmienda constitucional del estado de Colorado y que la jueza O'Connor aplicó a la prohibición de la sodomía del estado de Texas:

La desaprobación moral de este grupo [los homosexuales], en tanto deseo puro y simple de perjudicar al grupo, es un interés que resulta insuficiente para satisfacer el control de base racional bajo la cláusula de la igual protección (...). En efecto, jamás hemos sostenido que la desaprobación moral, sin otro interés estatal, sea una razón suficiente bajo la cláusula de igual protección para justificar una ley que discrimina entre grupos de personas.

La desaprobación moral de un grupo no puede ser un interés gubernamental legítimo bajo la cláusula de igual protección porque las clasificaciones legales no deben “estar diseñadas con el propósito de desventajar el grupo agraviado por la ley”. La invocación de Texas de la desaprobación moral no prueba más que el deseo de Texas de criminalizar la sodomía homosexual. Pero la cláusula de igual protección impide que un Estado cree “una clasificación de personas emprendida sin otra razón” (...). Y porque Texas raramente aplica su ley sobre la sodomía (...) la ley sirve más como afirmación de disgusto y desaprobación contra homosexuales que como una herramienta para detener el comportamiento criminal. La ley sobre sodomía de Texas “conduce a la inevitable inferencia de que la desventaja impuesta nace de la animosidad contra la clase de personas afectadas”.⁷⁷

⁷⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S.- 558, 582-583 (2003) (traducción suplida); las frases entrecomilladas proceden de *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

7. Improcedencia de una interpretación conforme a la Constitución

7.1. Una manera de evitar la conclusión afirmada en las secciones 5 y 6 es sostener una interpretación del artículo 365 conforme a la Constitución. Tal sería una interpretación restrictiva de la disposición, que le atribuyera el carácter de norma prohibitiva de un delito de lesión o puesta en peligro concreto de algún interés personalísimo del menor. Como arriba se señaló (sección 2.2), al menos un autor chileno ha propuesto una interpretación de esas características. Esa interpretación consiste en atribuir al artículo 365 el sentido de una norma que prohíbe la causación al menor –se entiende, mediante el acceso carnal– de una afectación psíquica o emocional que altere el normal desarrollo de su sexualidad.⁷⁸ En virtud de su propuesta interpretativa el autor no denomina a este delito como “sodomía”, sino como “corrupción de menores”.⁷⁹ La interpretación no es sin embargo contextualmente verosímil y lamentablemente se mantiene en tensión con la prohibición constitucional de discriminación.

La interpretación no es verosímil a la luz del contexto regulativo. La consideración de la producción de un efecto psíquico dañino como resultado típico de un delito de significación sexual es por completo ajena a la regulación del Código Penal chileno. Conforme al modelo regulativo dominante en el derecho penal occidental desde fines del siglo XVIII, el Código Penal chileno tipifica y sanciona casos de abuso, es decir, de interacción contraria a la voluntad del afectado.⁸⁰ Ciertamente, tratándose de los menores impúberes la ley no exige la concurrencia de alguna circunstancia abusiva o medio comisivo abusivo adicionales a la realización de la acción de significación sexual con ese menor. Por eso se habla de la “indemnidad” o “incolumidad” sexual del menor impúber como fin de protección de la norma, y no de su libertad o autonomía sexual. La relación que existe entre la indemnidad sexual del menor impúber y la autonomía sexual de los menores púberes o de los adultos, consideradas como fines de protección de la ley penal, es una cuestión controvertida. Una de las explicaciones de esa relación consiste en sostener que en ambos casos el fin de protección es la evitación de daño psíquico, el cual la ley asocia al contacto sexual (menores impúberes) o al abuso sexual (menores púberes, adultos). Naturalmente, esta

⁷⁸ Rodríguez Collao, *op. cit. supra*, nota 21, p. 253. En estricto rigor, la expresión del autor no exige la constatación de un resultado de daño psíquico del menor. Su expresión podría entenderse en el sentido de implicar una concepción del atentado al menor como delito de peligro concreto en un sentido doble: en tanto sólo exige (i) que el menor tenga una condición personal tal que lo ponga en situación de *poder* ser afectado psíquica o emocionalmente en términos tales (ii) que dicha afectación *pueda* alterar el normal desarrollo de la sexualidad del menor.

⁷⁹ Esa denominación correspondía a una de las hipótesis alternativas del artículo 367 del Código Penal de 1875: “Art. 367. El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuno a treinta sueldos vitales”. La Ley 19.617 derogó esa hipótesis.

⁸⁰ Incluso el nuevo Código Penal francés de 1994, que sistematiza las “agresiones sexuales” como una subcategoría de los “atentados a la integridad física o psíquica de la persona” (Sección III del Capítulo II del Título II del Libro II, artículos 222-23 a 222-33), define las agresiones sexuales atendiendo a la concurrencia de circunstancias o medios de comisión, y no al resultado de daño psíquico: “Constituye una agresión sexual todo atentado sexual cometido con violencia, constreñimiento, amenaza o sorpresa” (artículo 222-23).

es la explicación a la que adhiere el autor de la propuesta interpretativa que se comenta.⁸¹ Cualquiera sea la pertinencia y relevancia que se asigne a esta idea, lo cierto es que en ninguno de los dos grandes grupos de delitos de significación sexual ella ha conducido a la tipificación de ese daño psíquico como elemento del tipo, ya se sea en la calidad de resultado –como delito de lesión o de peligro concreto–, o de idoneidad de la acción para causar ese resultado –como delito de peligro concreto–.⁸² Ni siquiera la hipótesis de favorecimiento o promoción de la corrupción de un menor prevista por el Código Penal de 1875 prohibía la causación de ese resultado.⁸³ El hecho de que la Ley 19.927 haya introducido una referencia a la “integridad sexual” en el epígrafe del Título VIII no altera lo dicho. Su introducción tuvo por objetivo efectuar una mención comprensiva por igual de los atentados contra la indemnidad sexual del menor impúber y los atentados contra la libertad sexual del menor púber y el adulto, desligada de la idea de la protección de la moralidad pública.⁸⁴ Es decir, dejó

⁸¹ *Op cit.*, p. 91-94

⁸² Para un examen crítico de la idea, Antonio Bascañán Rodríguez, “Problemas básicos de los delitos sexuales”, en: *Revista de Derecho - Universidad Austral de Chile*, Número Especial, agosto de 1997, p. 73.

⁸³ Un sector de la doctrina chilena la interpretó de ese modo para restringir su aplicación en vistas de la magnitud de la pena (así, Manuel Ángel González Jara, *El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, especialmente págs. 90-102). Pese a su loable propósito práctico, esa interpretación era errada. El delito de favorecimiento o promoción de la corrupción de menores no era más que la alcahuetería, es decir, un modo informal –no organizado como explotación- de poner en contacto a adultos con menores. Por esa razón la ley penaba al favorecedor o promotor de la corrupción y no al corruptor, y por eso la ley exigía habitualidad o abuso de confianza como elementos del tipo, dos datos que resultaban inexplicables para la concepción de la corrupción como causación de grave daño psíquico. Históricamente considerada, la sanción penal del favorecimiento o promoción de la corrupción se explica como una compensación normativa de la derogación de la norma que sancionaba el estupro por seducción, esto es, la iniciación sexual extramatrimonial. Por supuesto, lo incomprensible del Código Penal chileno era la magnitud de la pena impuesta. La comparación con sus fuentes materiales demuestra que se trata de un error en la fijación del texto originario: la pena que correspondía era la de presidio menor (no mayor) en cualquiera de sus grados. Siguiendo de cerca al Código Penal de Napoleón de 1810, que sancionaba el comportamiento con prisión de 6 meses a 2 años, el Código Penal belga de 1867 lo sancionó con pena de 3 meses a 2 años (artículo 379) y el Código Penal español de 1850, con pena de prisión correccional (artículo 367), que duraba de 7 meses a 3 años (artículo 26). Ese error nunca ha sido corregido por el legislador chileno. La idea de la corrupción como daño psíquico del menor sólo ha venido a consagrarse recientemente en España, después de la derogación de la hipótesis respectiva con ocasión de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal en 1995, con la introducción por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de julio, de un precepto legal del siguiente tenor: “El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año” (Art. 189-4, actualmente vigente en la versión debida a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre). La doctrina española se ha manifestado crítica frente al precepto (Tomás Vives Antón *et al.*, *Derecho Penal-Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 283).

⁸⁴ “La indicación N° 7, del Honorable senador señor Ominami, intercala un número nuevo que reemplaza el epígrafe del Título VII del Libro II, actualmente denominado “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, agregando también la integridad sexual. La Comisión acogió la sugerencia, ya que actualiza la nomenclatura del Código Penal, y el concepto de “integridad sexual” comprende tanto la libertad como la indemnidad en esta materia, que se ven protegidas por distintos tipos penales que allí se contemplan. Fue aprobada, en

subsistente la división sistemática entre delitos de simple interacción de significación sexual (impúberes) y delitos de abuso (adultos y púberes). La interpretación del artículo 365 como una norma que prohíbe la causación de un daño psíquico al menor es inconsistente con esa división sistemática.

La interpretación se mantiene además en tensión con la prohibición constitucional de discriminación. Como es obvio, para evitar esa tensión tendría que ser posible distinguir el efecto psíquico dañino del menor de un posible efecto de desencadenamiento o intensificación de una disposición en el menor hacia la práctica del sexo con hombres. De otro modo, es decir, en la medida en que esa disposición sea considerada como el daño que la ley pretende prevenir se incurre en la misma violación de la igualdad ante la ley denunciada en la sección precedente. Considerar como dañinos *per se* el desencadenamiento o la intensificación de la condición o la inclinación homosexual implica incurrir en discriminación por razón de orientación sexual.

Desde luego, el legislador chileno no efectuó esa distinción. Para los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, autores originarios del artículo 365, el daño que podría producir en el menor una relación homosexual consistía precisamente en generar un hábito homosexual (sección 5.4). La pregunta relevante es si está al alcance del intérprete ofrecer bases seguras para hacer distinción y así dotar al artículo 365 de una justificación racional que satisfaga las exigencias constitucionales. La doctrina que ha reparado en la posibilidad de esta vía interpretativa se divide al respecto. El autor que la defiende apela a la consideración de la edad y del estado o experiencia sexual del menor como criterios para constatar un daño al normal desarrollo de su sexualidad.⁸⁵ Los demás autores son escépticos acerca de la neutralidad o independencia del concepto de daño al normal desarrollo de la sexualidad respecto de la moral social dominante.⁸⁶

En todo caso, desde un punto de vista sistemático la mejor versión de esta interpretación consistiría en sostener que el artículo 365 exige la constatación en el caso concreto de la clase de efecto psíquico que se presupone que causaría a un menor impúber el contacto con la sexualidad adulta y que constituye la razón de la prohibición absoluta de los artículos 362, 365 N° 2, 366 bis y 366 quáter incisos primero y segundo del Código Penal. Eso exige constatar la prolongación de una condición sexual infantil en el menor púber que es objeto del acceso carnal. Así lo sostiene el autor que la defiende, exigiendo además que esa condición del menor sea

forma unánime, con los votos de los Honorables senadores señores Aburto, Chadwick, Espina, Moreno y Viera-Gallo” (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 19.927, Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil*, 14 de enero de 2004, p. 326-327).

⁸⁵ Rodríguez Collao, *op. cit. supra*, nota 21, p. 253.

⁸⁶ Jaime Couso, *op. cit. supra*, nota 63; José Luis Guzmán Dálbora, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, año 2000, pp. 127, también en: *Anuario de Derecho Penal*, Lima (1999-2002), p. 201; Antonio Bascuñán Rodríguez, “El derecho penal moderno: ¿Afirma seriamente lo que dice?”, en: Marcelo Alegre y otros, *Derecho y Sexualidades*, *cit. supra*, nota 63, p. 209.

conocida por el autor del delito con la certeza que es propia del dolo directo.⁸⁷ Esta exigencia hace que esta interpretación se acerque a la otra posible interpretación restrictiva del artículo 365.

7.2. La interpretación del artículo 365 del Código Penal como una norma que prohíbe un atentado sexual contra un menor no implica necesariamente asumir que ese atentado consiste en la producción de un cierto efecto psíquico sobre el menor. También es posible interpretarlo como un delito de abuso del menor.

La atribución al artículo 365 de la suposición de un medio o circunstancia constitutivos de abuso no ha sido hasta el momento desarrollada por la doctrina.⁸⁸ Sin embargo, puede entenderse como avalada contextualmente por la gradación decreciente de gravedad comparativa del abuso que se encuentra en los artículos 361, 362 y 363, todos ellos referidos al acceso carnal jurídico-penalmente prohibido. Bajo esta consideración contextual, el artículo 365 pertenece al sistema de los delitos de atentado sexual constitutivos de acceso carnal, cerrándolo en su calidad de delito de abuso menos grave de dicho sistema. Es decir, se trataría de un delito de abuso innominado.

La existencia de un delito de abuso sexual innominado no es una novedad en el derecho penal chileno. Entre 1875 y 1999, el delito de abusos deshonestos, previsto y sancionado por el artículo 366, tuvo precisamente ese carácter tratándose de los menores de edad púberes como víctimas. Durante todo ese tiempo, el Código Penal chileno sancionó al que “abusare deshonestamente” de un menor de 18 años pero mayor de 12 años (artículo 366 inciso primero). En su mejor interpretación esa fórmula debía entenderse como descriptiva del comportamiento consistente en realizar abusivamente en contra de otro una acción sexual. Fuera de los casos en que el abuso correspondía a los medios o circunstancias del delito de violación, que eran sancionados más severamente por el inciso segundo del precepto, la ley no precisaba qué contaba como “abusar”. Una de las principales contribuciones de la Ley 19.917 fue determinar el contenido más relevante de ese abuso innominado, tipificándolo a propósito del delito de estupro (artículo 363). Tratándose de los abusos sexuales constitutivos de acceso carnal a un hombre menor de 18 años pero mayor de 14 años,

⁸⁷ *Op. cit., loc. cit.* La exigencia en cuestión tenía un sentido práctico en su contexto originario, que se ha perdido. A la fecha de publicación de la primera edición de la obra del autor (2000) el criterio legal para distinguir entre menores impúberes y púberes correspondía al cumplimiento de los 12 años de edad. Por tal razón, el principal campo de aplicación del artículo 365 conforme a esta tesis se encontraba en el acceso carnal a menores de 12 o 13 años de edad, comportamiento actualmente constitutivo de violación en virtud de las modificaciones introducidas por la Ley 19.927.

⁸⁸ La razón de esta inadvertencia parece encontrarse en la tesis compartida por los autores de que el comportamiento tipificado en el artículo 365 presupone que el menor que es objeto de acceso carnal consienta en dicho acceso (así, Bullemore y Mackinnon, *op. cit., supra*, nota 20, p. 167; Garrido Montt, *op. cit., supra*, nota 21, p. 433; Rodríguez Collao, *op. cit., supra*, nota 21, p. 250). Esa tesis no es correcta: del hecho de que el autor no incurra en un abuso como los constitutivos de violación o estupro no se sigue que el menor no pueda ser objeto de otro abuso, que obsta a su consentimiento. Por ejemplo, no todas las amenazas condicionales (artículos 296 N° 1 y 2, 297 del Código Penal) son constitutivas de fuerza o intimidación en el sentido del artículo 361 N° 1 del Código Penal.

sin embargo, conforme a esta interpretación la Ley 19.917 habría dejado subsistente el carácter innominado del abuso. Así interpretado, el actual artículo 365 no sería simplemente la continuación de parte del antiguo artículo 365, sino de una fusión entre parte del antiguo artículo 365 y parte del antiguo 366 inciso primero.

La pregunta que abre esta interpretación es, obviamente, cómo identificar esos modos de abuso no explicitados por el legislador. La respuesta sólo puede ser contextual. En el contexto del Código Penal chileno, la única manera de identificar estos modos de abuso sería mediante un argumento *a contrario*, es decir, constatando los modos de interacción con manipulación del menor que no son recogidos por los demás delitos de abuso. Tales serían, por ejemplo, (i) las amenazas que no sean constitutivas de intimidación en el sentido del artículo 361, (ii) el abuso de un desamparo del menor que no sea grave en el sentido del artículo 363 N° 3, (iii) el engaño del menor que no implique abuso de su inexperiencia o ignorancia sexual en el sentido del artículo 363 N° 4, (iv) el abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual del menor que no constituya engaño, en el mismo sentido, (v) el intercambio abusivo que se considere como no comprendido por el artículo 367 ter.

Otra manera de identificar esos modos de abuso sería acudiendo al derecho comparado. Así, el § 182-II del Código Penal alemán y el § 207b-I del Código Penal austríaco permiten identificar como modos de abuso no tipificados en los artículos 361, 363 y 367 ter el aprovechamiento de la falta de capacidad de autodeterminación sexual de la víctima –en la formulación alemana– o el aprovechamiento de la falta de madurez de la víctima consistente en su falta de capacidad para comprender el sentido del comportamiento y de actuar conforme a ello –en la formulación austríaca–, como asimismo el aprovechamiento de la superioridad en razón de una mayor edad.

7.3. Es cierto que los problemas de la afectación al derecho a la vida privada y al derecho a la igualdad ante la ley se ven reducidos si se interpreta el artículo 365 como un delito de abuso innominado (sección 7.2), e incluso si se lo interpreta como un delito de daño psíquico en términos tales que no sean discriminatorios respecto de la homosexualidad (sección 7.1). En ningún caso, sin embargo, esos problemas quedan eliminados o resueltos.

La relativa indeterminación del ámbito de alcance de la norma a la que conducen ambas interpretaciones restrictivas del artículo 365 resulta particularmente grave en atención a la potencialidad discriminatoria en su aplicación. Esto es manifiesto respecto de la primera interpretación restrictiva, en la medida en que la imputación del daño psíquico al acceso carnal realizado por el imputado o acusado como su causa será en los hechos indistinguible de la producción de ese daño por la reacción hostil o escandalizada del medio, con posterioridad al acceso carnal, o incluso por la exposición del menor a las actuaciones de la investigación y el juicio. En tales circunstancias, es altamente probable que el prejuicio y la animadversión compensen esa dificultad o refutación probatoria. Pero también la segunda interpretación restrictiva se encuentra expuesta a esta objeción. El carácter abierto del catálogo de posibles circunstancias o medios comisivos abusivos genera el evidente riesgo que se atribuya relevancia como indicación de abuso a cualquier accidente o circunstancia del caso, por más intrascendente que haya sido en los hechos, compensando la

reprobación moral del carácter homosexual del contacto con el menor su insignificancia como modo ilegítimo de interacción.

7.4. Finalmente, incluso prescindiendo de las consideraciones anteriores, permanece como objeción a cualquier interpretación restrictiva el hecho indesmentible de que la ley atribuye relevancia lesiva a un determinado aspecto de comportamiento de significación sexual –el daño psíquico causado al menor, circunstancias o modos abusivos de comisión– exclusivamente tratándose del acceso carnal homosexual.

La interpretación restrictiva basada en la apreciación de un daño psíquico implica injustificadamente que el acceso carnal homosexual, incluso cuando es consentido y deseado por el menor, es portador de una potencialidad lesiva única, una capacidad de producir daño que la ley no advierte en ningún otro comportamiento de significación sexual. Por su parte, la interpretación basada en la apreciación de un abuso innominado supone incongruentemente que sólo respecto del acceso carnal homosexual son relevantes los modos de interacción que la ley ha declarado *a contrario sensu* irrelevantes respecto de toda otra acción de significación sexual. Esa falta de justificación y esa incongruencia sólo pueden explicarse como consecuencias de una reprobación moral de la homosexualidad masculina. Pero eso constituye trato discriminatorio por razón de orientación sexual.

Tal como la evolución del derecho penal comparado lo demuestra en los ejemplos de Alemania, Austria y el Reino Unido, la única legislación penal del comportamiento sexual congruente con el derecho a la igualdad ante la ley es la que no hace diferencias por razón de género u orientación sexual.

8. Conclusiones

8.1. En el derecho comparado es reconocible un proceso evolutivo de reconocimiento de la preponderancia de los valores de la autonomía personal y la igualdad de trato en relación con la prohibición de las acciones homosexuales. En los sistemas jurídicos donde la homosexualidad masculina se encontraba prohibida penalmente esa prohibición fue derogada y sustituida por otra, referida a acciones sexuales con menores de edad; posteriormente, esta prohibición fue a su vez derogada y sustituida por una prohibición de abuso de menores que no discrimina entre la homosexualidad y la heterosexualidad. En el caso de Alemania ese tránsito fue efectuado por el legislador (1975, 1994). En el caso de Austria el primer paso del proceso fue dado por el legislador (1974) y el segundo fue constreñido por el Tribunal Constitucional (2002). En el caso del Reino Unido, los dos pasos fueron constreñidos por las instituciones del sistema europeo de derechos humanos, la Corte (1981) y la Comisión (1997).

8.2. Chile sólo ha dado el primer paso. Lo hizo con la entrada en vigencia de la Ley 19.617, en 1999, 25 años más tarde que Austria y Alemania y casi 20 años más tarde que el Reino Unido. Todas las razones hechas valer por la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos para declarar la incompatibilidad de las normas austríaca e inglesa con el Convenio Europeo de

Derechos Humanos son aplicables al artículo 365 del Código Penal chileno en relación con los artículos 19 N° 2 y 19 N° 4 de la Constitución Política, los artículos 11-2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El establecimiento de un límite de edad para la relevancia del consentimiento del menor a acciones homosexuales distinto del límite establecido para su consentimiento a acciones heterosexuales carece de justificación y constituye una discriminación arbitraria; eso hace inconstitucional la afectación a la vida privada que conlleva la aplicación del artículo 365 del Código Penal.

8.3. En el contexto de la Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el argumento anterior no sólo vale como demostración de una afectación injustificable de la vida privada, sino además como demostración de una infracción directa de la prohibición general de discriminación arbitraria.

8.4. La afectación injustificada de la vida privada y la infracción de la prohibición general de discriminación arbitraria podrían ser reducidas en su intensidad mediante una interpretación restrictiva del artículo 365. Pero en cualquiera de sus alternativas esa interpretación conduce a una situación de indeterminación normativa que es particularmente grave por el peligro de aplicación discriminatoria que es inherente a la disposición.

8.5. En todo caso, ninguna de las interpretaciones restrictivas elimina el hecho crucial de que la regulación consagrada en el artículo 365 otorga al acceso carnal homosexual un trato jurídico-penal diametralmente opuesto al trato otorgado al acceso carnal heterosexual. Esa diferenciación de trato no tiene otra explicación que la expresión de reprobación de la homosexualidad masculina. Eso la constituye en un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

8.6. Independientemente de los argumentos anteriores, a consecuencia de la entrada en vigencia del artículo 4° de la Ley 20.084, la aplicación del artículo 365 del Código Penal genera un trato discriminatorio del autor del delito atendiendo a su edad que es enteramente arbitrario. Esta es la razón por la cual el Tribunal Constitucional de Austria declaró inconstitucional el § 209 del Código Penal austríaco.

Antonio Bascuñán Rodríguez
Profesor de Derecho Penal
Universidades Adolfo Ibáñez y de Chile

Jaime Couso Salas
Profesor de Derecho Penal
Universidad Diego Portales

Juan Pablo Cox Leixelard
Profesor de Derecho Penal
Universidad Adolfo Ibáñez

Felipe de la Fuente Huland
Profesor de Derecho Penal
Universidad Adolfo Ibáñez

José Ángel Fernández Cruz
Profesor de Derecho Penal
Universidad Austral

José Luis Guzmán Dálbora
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Valparaíso

Héctor Hernández Basualto
Profesor de Derecho Penal
Universidad Diego Portales

María Inés Horvitz Lennon
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Chile

Juan Pablo Mañalich Raffo
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Chile

Gonzalo Medina Schulz
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Chile

Guillermo Oliver Calderón
Profesor de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Luis Rodríguez Collao
Profesor de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Luis Emilio Rojas Aquirre
Profesor de Derecho Penal
Universidad Alberto Hurtado

Miguel Soto Piñeiro
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Chile

Santiago de Chile, 12 de octubre de 2010.