

COMENTARIO AL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 1683-10, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 365 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

LUCIANO CISTERNAS VELIS*

I. LA CUESTIÓN DEBATIDA

El 4 de enero del corriente año el Tribunal Constitucional (en adelante “TC” o “Tribunal”) rechazó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 365 del Código penal (en adelante “CP”) deducido por la Defensoría penal pública en representación de un imputado por tal ilícito. La tesis que, a nuestro entender, estructura el discurso del TC, en el sentido de legitimar o avalar la intervención punitiva del Estado y, en definitiva, confirmar la constitucionalidad del delito de sodomía, es la del *impacto de la penetración anal, llevada a cabo por una persona mayor y de su mismo sexo, en el desarrollo de la sexualidad del hombre menor de 18 años*. Esta afirmación, reiterada en términos similares en los considerandos 28°, 31°, 33° y 34° del voto de mayoría, justificaría que el *ius puniendi* (i) abarque supuestos realizados en la intimidad de los sujetos, (ii) restrinja el libre desarrollo de la personalidad, en su faz del desenvolvimiento de la orientación sexual, y (iii) que se limite a sancionar la acción efectuada solo por determinados sujetos, otorgándole al delito en cuestión un carácter residual.

No obstante, la reflexión constitucional no se reduce solo a la constatación de la doctrina de las resoluciones del TC. Por el contrario, el contenido de su razonamiento debe someterse a un cuidadoso análisis en virtud del cual se constate que efectivamente primaron los principios constitucionales

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta. Alumno del programa de Magíster de Derecho Penal y Ciencias Penales impartido por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2011-2012).

(“directrices o impulsos” según el *Bundesverfassungsgericht*, citado por TIEDDEMAN¹) que instituyen el orden político y orientan, en consecuencia, la reacción punitiva². Pues como ha sostenido el profesor NOGUEIRA, la más autorizada doctrina nacional sobre la materia, tras el cambio de paradigma de la interpretación constitucional en la segunda mitad del siglo XX, con posterioridad a la segunda guerra mundial³, y en virtud, además, del “principio de supremacía constitucional”⁴, la ley “no se agota en su texto, sino que debe indagarse su sentido y alcance de manera que armonicen con el sistema jurídico y, en especial, con los principios y reglas constitucionales”⁵. Aquel estrecho vínculo entre la disciplina penal y la Constitución Política (en adelante “CPR”), que en palabras del profesor RIVACOBBA se asienta como “un verdadero tema de nuestro tiempo”⁶, explica que, en definitiva, “[l]as normas de la Constitución con contenido penal sustantivo [...] en cuanto recogen y expresan los progresos en materia de derechos humanos, obligan a la interpretación judicial de las leyes penales del modo que más se conforme con las normas y los principios que inspiran el establecimiento de dichos derechos”⁷.

Conforme a este proceder, cabe plantear si la tesis del tribunal se condice

¹ TIEDDEMAN, Klaus, “Constitución y Derecho penal”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, N° 73 (1991), p. 146.

² En este sentido CISTERNAS VELIS, Giovanni, *El Derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad (2006-2010)*, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad Católica del Norte, Antofagasta, pp. 4-5. En igual sentido SÁNCHEZ MARTÍNEZ, quien sostiene que “[l]os principios de derecho penal contenidos en el texto constitucional participan de la función fundadora, informadora y crítica respecto de aquellas normas jurídicas que no se atengan a ellos”. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, p. 84.

³ NOGUEIRA, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2006, pp. 46-48. En igual sentido GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Orientaciones político-criminales y reforma constitucional”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, II (2004), p. 802. TIEDDEMAN plantea, por su parte, que “[l]a relación entre Derecho constitucional y Derecho penal es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la Ilustración”. TIEDDEMAN, Klaus, “Constitución y Derecho...”, p. 145. Refuta este planteamiento el mismo GUZMÁN DÁLBORA, “Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política chilena (1980)”, en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 12 (1994), pp. 171-172.

⁴ Con relación a este principio hermenéutico véase NOGUEIRA, Humberto, *Lineamientos de interpretación...*, pp. 113-114.

⁵ *Ibid.*, p. 114. Al respecto, PALACIOS MORENO concluye que “al interpretar la ley penal, entre todas las razones posibles que justifiquen la aplicación o no de la norma a la hipótesis a examinar, tienen preferencia las contempladas en la CPR, y en caso de incompatibilidad entre las razones de esta y de alguna de aquellas, primará la primera por sobre la segunda, excluyendo a esta última”, PALACIOS, Fernando, *Estructura de la interpretación de la ley penal chilena*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2010, p. 45.

⁶ Citado así por CISTERNAS VELIS, Giovanni, *El Derecho penal y...*, p.4 y GUZMÁN DÁLBORA, “Relaciones del Derecho...”, p. 172.

⁷ MERA FIGUEROA, Jorge, *Derechos humanos en el Derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1998, p. 22.

con los principios orientadores del Derecho penal y con las garantías constitucionales de derecho a la privacidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad ante la ley; cuestión que equivale a discutir si la intención del legislador de proteger al menor de edad se encuentra efectivamente legitimada a la luz de la CPR. Y si bien, como advierte la jurisprudencia del TC, estos derechos no deben entenderse de un modo absoluto, sí cabe cuestionarse si la distinción realizada por el legislador responde a un fundado criterio de razonabilidad que legitime la activación del poder punitivo.

II. EL IMPACTO DE LA PENETRACIÓN ANAL, LLEVADA A CABO POR UNA PERSONA MAYOR Y DE SU MISMO SEXO, EN EL DESARROLLO DE LA SEXUALIDAD DEL HOMBRE MENOR DE 18 AÑOS EN EL DISCURSO DEL TC PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO.

Como ya se adelantó, la punición de la sodomía, tal como permanece hoy en nuestra legislación, para el voto de mayoría del tribunal se justifica atendido el *impacto de la penetración anal, llevada a cabo por una persona mayor y de su mismo sexo, en el desarrollo de la sexualidad del hombre menor de 18 años*. En este discurso, entendemos, condensa el tribunal la (supuesta) afectación a un bien jurídico penal cuya tutela es imprescindible y la necesaria reacción punitiva; discurso que se estructura en base a los siguientes elementos. En primer lugar, centra su atención únicamente en la *penetración anal*, la cual entiende solo puede realizar otro hombre mediante su pene, excluyendo, como advierte el voto de disidencia, no solo a la mujer, sino a las penetraciones anales mediante objetos de similar contundencia. En segundo lugar, el tribunal sostiene que la relación sexual que deviene en la penetración anal genera un *impacto*, lo cual ya alerta sobre la magnitud del acto y lo contrapone a un “episodio inocuo o baladí”⁸. Por último, entiende que el menor de edad, atendida su escasa madurez física y mental, no sopesa adecuadamente las consecuencias que tales actos generarán en el posterior desarrollo de su identidad sexual; incluso el tribunal afirma que la sodomía determina o condiciona tal identidad.

Nos parece que esta tesis, que responde a un claro sesgo homofóbico⁹, evidencia en esta materia una absoluta desvinculación entre los principios que infunden la CPR y el Derecho penal, en cuanto a la necesidad y fines del mismo, cuestión que redundará, finalmente, en la violación del derecho del imputado a la privacidad, al libre desarrollo de su personalidad y a la igualdad ante la ley. A continuación se entregan las razones de nuestra posición.

⁸ Consúltense el párrafo segundo del considerando 28°.

⁹ OXMAN VILCHES afirma que el art. 365 “constituye sin más un directo castigo del homosexualismo, por considerarse a quienes los practican como unos verdaderos extraños de la comunidad”. OXMAN VILCHES, Nicolás, *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2007, pp. 109-110.

a. La igualdad ante la ley y el carácter residual del art. 365 del CP

Una primera cuestión que plantea el tipo penal analizado, y que se vincula directamente a la vulneración del derecho de igualdad aducido ante el tribunal, es el de su injustificado o arbitrario carácter residual, en el sentido de que similares acciones llevadas a cabo por otros individuos no son desvaloradas por el legislador.

Ciertamente, tal carácter responde en parte a un componente subjetivo, referido al modo en que se interprete la norma en cuestión. Así, si se entiende (como lo hacen el requirente y, de manera vehemente, el tribunal) que la acción punida, esto es, el acceso carnal solo es posible llevarlo a cabo mediante la introducción del pene de un hombre, entonces *se excluye del tipo a la mujer y los actos lésbicos*, ante lo cual no cabe sino dilucidar si los motivos que justifican tal distinción son razonables, esto es, no son arbitrarios, como mandata perentoriamente el art. 19 núm. 2 de la CPR. Por el contrario, si se entiende que la mujer sí puede llevar a cabo el acceso carnal, entonces la distinción desaparece, así como el carácter residual del delito. Lo mismo ocurre al momento de dilucidar si el legislador ha desvalorado solo el acceso carnal vía anal o si, además, el tipo también comprende aquellos supuestos de *fellatio in ore*, pues si se entiende que la correcta es esta última hipótesis, entonces nuevamente la distinción y el carácter residual desaparecen.

No obstante, este carácter se explica también por un componente objetivo, producto únicamente de la expresa voluntad del legislador, el que se manifiesta en tres aspectos: (i) la descripción típica *no sanciona la relación heterosexual*, siempre que el sujeto pasivo sea mayor de 14 años; (ii) está excluido del tipo la hipótesis del *menor de 18 años que accede carnalmente a un mayor de edad*; y (iii) tampoco se prevé sanción a la *relación homosexual o lésbica*, cuando los involucrados tienen más de 18 años. A estos supuestos excluidos por el legislador debe añadirse la regla especial prevista en el art. 4° de la Ley núm. 20.084¹⁰, en virtud del cual el tipo se restringe aún más.

Pues bien, los considerandos octavo a decimoséptimo dan cuenta de que, en definitiva, el TC redujo el art. 365 al siguiente supuesto: aquel acceso carnal por *vía anal* cometido *solo por un hombre* mayor de 18 años a un individuo de su mismo sexo, esto es, otro hombre, aunque menor de 18 años, pero mayor de 14. Se trata, sin lugar a dudas, de una hipótesis residual que, en principio, se condice con los principios que inspiran a la disciplina penal, pues

¹⁰ “No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quater 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 aquella 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*” (cursiva añadida por el autor).

la reacción punitiva operaría como *ultima ratio*. Sin embargo, no halla feliz fundamento alguno la distinción que efectuó el legislador al disvalorar esta conducta conservándola tipificada y excluir cada una de las seis hipótesis antes expuestas.

En primer lugar, al entenderse que el legislador decidió proteger al hombre menor de edad de la “traumática experiencia” de la penetración anal llevada a cabo por otro hombre mayor de 18 años, que mediante el acto sexual emplearía al menor de edad como un mero objeto para saciar su lujuria¹¹, soslaya que dicha penetración no está vedada para los hombres y mujeres mayores de edad, ni tampoco para las mujeres menores de edad. Es especialmente este último caso el que patenta la infracción antes anunciada por parte del fallo del TC: hay a lo menos una cavidad del cuerpo humano del que no pueden disponer “los” menores de edad, sino hasta los 18 años, mas sí lo pueden sus pares femeninos.

En segundo lugar, se viola también el referido derecho al afirmar que el hombre menor de edad, atendida su escasa madurez física y mental, no sopesa adecuadamente las consecuencias que tales actos generarán en el posterior desarrollo de su identidad sexual, pues, en palabras del profesor RODRÍGUEZ COLLAO, “otros actos de connotación sexual –como, por ejemplo, el hecho que el menor acceda carnalmente a una persona de su mismo sexo y aun comportamientos que no impliquen acceso carnal– tienen, de acuerdo con las circunstancias del caso, idéntico y tal vez mayor poder corruptor que el hecho que el legislador optó por castigar. Y si el propósito era el indicado, no alcanzamos a comprender qué razones podrían justificar que solo varones obtengan esta forma de protección, en circunstancias que numerosos actos expresivos de lesbianismo, pueden también traer como consecuencia una desviación del normal desarrollo de la sexualidad de una niña”¹².

Por último, el argumento esgrimido por el tribunal demuestra que el delito de sodomía violenta la igualdad ante la ley, pues limita la tutela penal a los accesos carnales vía anal, mas excluye la *fellatio in ore*¹³. De lo anterior no cabe sino concluir que estos últimos actos no suponen una “traumática experiencia” que determinará o condicionará el desarrollo de su identidad sexual y, por tanto, no merece reacción punitiva.

¹¹ La parte final del considerando 33° se refiere en términos similares.

¹² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, Santiago, Editorial Jurídica, 2004, p. 254.

¹³ Cuestión que a nivel doctrinal y jurisprudencial no parece tan nítido. Así, mientras que AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos sexuales. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2008, pp. 141-143, admite la penetración anal y bucal, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales...*, pp. 251-252, entiende el tipo limitado solo al acceso por vía anal. Por su parte, la jurisprudencia nacional da cuenta de a lo menos un par de fallos que comprendieron la *fellatio in ore* en el tipo, a saber: sentencia del Tribunal oral en lo penal de Antofagasta rit núm. 122-2007, de 10 de agosto de 2007, y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 5 septiembre de 2003, disponible en la *Gaceta Jurídica* núm. 279, 2003, pp. 196 y ss.

Se aprecia, de este modo, que el carácter residual del delito en comento responde únicamente a un criterio arbitrario. En este sentido, llama profundamente la atención que, ante la disyuntiva de confirmar o negar la constitucionalidad del art. 365 del CP, el tribunal sustente la primera opción sencillamente en la declaración de algunos congresales durante la discusión parlamentaria (lo que nos remitiría a la cuestionada historia fidedigna del establecimiento de la ley como instrumento interpretativo) y en la obra de David Finkelhor (que, por lo demás, está orientada al abuso sexual, y cuyo texto citado dice relación al “adolescente”, sin distinguir género, de lo que debiera concluirse que las menores de edad también son susceptibles de dicha “desorientación” sexual), omitiendo no solo pronunciamiento alguno respecto de los argumentos esgrimidos por la posición contraria (en el sentido de desacreditarla, y no limitarse a transcribir los argumentos que más acomodaban a su tesis), sino principalmente respecto de la efectiva necesidad de la intervención penal. Ciertamente, esta última podría identificarse con la necesidad de evitar el negativo *impacto de la penetración anal, llevada a cabo por una persona mayor y de su mismo sexo, en el desarrollo de la sexualidad del hombre menor de 18 años*. No obstante, conforme a esta postura el legislador debería disvalorar otras conductas que también producen “negativos efectos no tolerados por la sociedad”, mas el tribunal respecto de aquellas nada aclara. A modo de ejemplo, entiende que no merece tutela penal (y entonces sí se respeta el libre desarrollo de la personalidad y la vida privada) si es el menor quien accede carnalmente a un mayor de edad, o si es una menor de edad el sujeto pasivo, sin profundizar cuáles son los motivos que hacen de estas situaciones muy distintas a la anterior, al punto que las distancia un ¡reproche penal!

b. La vida privada y el libre desarrollo de la personalidad

Para descartar el requerimiento, en el sentido de que se violaría, además, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad del imputado, el TC nuevamente centra su posición en los elementos de la tesis antes expuesta, por lo que su argumentación adolece de iguales reproches antes evidenciados.

Con relación a la intimidad de los sujetos, en los considerandos 39° y 40° el tribunal sostiene que el *ius puniendi* puede inmiscuirse en la vida privada de las personas, limitando de este modo el art. 19 núm. 4 de la CPR, en virtud de la comisión de hechos delictivos y la necesidad de proteger un bien jurídico superior. Esta última el tribunal la funda en la escasa madurez del menor para dimensionar las consecuencias de su proceder. Así, sostiene que “la protección de la privacidad cede frente a un menor de edad que no tiene la madurez ni la capacidad suficiente para ponderar las consecuencias de una conducta que pugna con la actual escala de valores preponderante en la sociedad chilena” (considerando 41°). El fragmento transcrito nos parece relevante por dos motivos. En primer lugar, el TC no explica los motivos que justifican que ceda la

privacidad de los sujetos previstos en el tipo penal, mas no así si es una mujer menor de edad o si el menor de 18 años, pero mayor de 14 participa de un modo activo en el acto sexual. En segundo lugar, relevante es también que el TC precise que la conducta tipificada “pugna con la actual escala de valores preponderante en la sociedad chilena”, pues de este modo petrifica esta “escala de valores”, al punto de no cuestionar si es correcta o se adecua a los estándares constitucionales o internacionales, sin perjuicio de equiparar el desenvolvimiento de la orientación sexual de solo algunos individuos de nuestra sociedad a quien trafica drogas, violenta a su familia, mata o lava dinero, conductas que también riñen, aunque justificadamente, con la escala de valores “preponderante” en la sociedad chilena. Al respecto, se refrendan las palabras del profesor MERA, quien sostiene que tratándose de pautas morales de comportamiento sexual lo que se impone es la concepción de un determinado sector sobre el valor en cuestión¹⁴, así como las conclusiones de OXMAN VILCHES, para quien “es el propio Estado que al recurrir a estas fáciles medidas de política criminal se está exonerando de la responsabilidad de respeto a la dignidad y autonomía humanas, ya que el mantenimiento de estas leyes de apelación a la moral implica el reforzamiento de una representación ideológica”¹⁵.

Con relación al libre desarrollo de la personalidad, si bien el tribunal afirma que este no puede entenderse comprendido en el art. 19 núm. 7 de la CPR, sí lo entiende como una manifestación de la dignidad humana, por lo que sí podría predicarse del art. 1º de aquella. No obstante, el TC limita la libertad sexual de los sujetos (en la especie, del requirente), en función de una incapacidad del menor de dimensionar el impacto que la conducta tipificada supondrá al posterior desarrollo de su identidad sexual¹⁶. De este modo, mediante la tutela de un desvalido menor, del cual se presume su incapacidad para no asimilar las consecuencias de sus decisiones, se coarta la sexualidad de otro individuo, sexualidad que no es sino una faceta de la realización material como espiritual¹⁷.

¹⁴ MERA FIGUEROA, Jorge, *Derechos humanos en...*, p. 50.

¹⁵ OXMAN VILCHES, Nicolás, *Libertad sexual y...*, pp. 108-109.

¹⁶ Considerando 51º: “[D]e lo anterior no puede colegirse que el libre desarrollo de la personalidad constituya fundamento legítimo para atropellar los derechos de otros seres humanos igualmente dignos. Este es, precisamente, el basamento constitucional del derecho penal. Lo que este trata de resguardar son bienes jurídicos asociados a derechos de las personas que pueden verse atropellados por la libre expresión de la personalidad de quien decide actuar en contra del estándar socialmente deseable para una convivencia pacífica y civilizada. El reproche social se manifiesta, precisamente, en la imposición de una pena a quien no ejerce su libertad en forma adecuada”. Acto seguido concluye que “quien practica el acceso carnal definido por el artículo 365 del Código Penal puede estar desarrollando libremente su personalidad, pero no puede desconocer que, al proceder de esa forma, se constituye en la causa de afectación de la indemnidad de un menor de edad y de su desarrollo psicosocial, que este no es capaz de dimensionar en toda su magnitud al prestar su consentimiento voluntario”.

¹⁷ En igual sentido OXMAN VILCHES, Nicolás, *Libertad sexual y...*, pp. 191 y 193.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Resulta cuestionable que para afirmar la constitucionalidad del delito de sodomía el TC haya enfatizado solo el fin protector preventivo del Derecho penal, obviando que mediante esta disciplina se pretende, además, una función garantista de los derechos del inculgado¹⁸. A lo anterior debe añadirse que se trata de un tipo que, en definitiva, dice relación a un supuesto no merecedor de la atención del *ius puniendi* (“[l]a ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, nos advierte la Declaración francesa de Derechos Humanos), que soslaya el *principio de intervención mínima*, inmiscuyéndose en situaciones libremente aceptadas por dos o más sujetos, quienes pueden y deben tomar las decisiones que determinarán sus vidas, sin intervención alguna del Estado, como prevé felizmente el art. 1° de nuestra CPR.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos sexuales. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2008.
- CISTERNAS VELIS, Giovanni, *El Derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad (2006-2010)*, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad Católica del Norte, Antofagasta.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política chilena (1980)”, en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 12 (1994), pp. 165-200.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Orientaciones político-criminales y reforma constitucional”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, II (2004), pp. 802-813.
- MERA FIGUEROA, Jorge, *Derechos humanos en el Derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 1998.
- NOGUEIRA, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2006.
- OXMAN VILCHES, Nicolás, *Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2007, 266 pp.
- PALACIOS, Fernando, *Estructura de la interpretación de la ley penal chilena*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2010, 102 pp.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, Santiago, Editorial Jurídica, 2004.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga, *Los principios en el Derecho y la Dogmática penal*, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, 120 pp.
- TIEDDEMAN, Klaus, “Constitución y Derecho penal”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, N° 73 (1991), p. 145-177.

¹⁸ Con relación a esta doble finalidad del Derecho penal, Véase por todos MERA FIGUEROA, Jorge, *Derechos humanos en...*, p. 14 y ss.