



Requientes: Héctor Eduardo Pino Pino.
Normativa Impugnada: Artículo 365 del Código Penal.
Ruc: 1800993345-6
Rit: 327-2020
Tribunal: Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero.
Gestión Pendiente: Procedimiento Abreviado o Salida Alternativa, 18 de febrero de 2021 a las 11:00 horas.
Imputados Privados de Libertad: No

EN LO PRINCIPAL: DEDUCE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. **PRIMER OTROSI:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS QUE INDICA. **SEGUNDO OTROSI:** SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO. **TERCER OTROSI:** ACREDITA PERSONERÍA. **CUARTO OTROSI:** SEÑALA FORMA DE NOTIFICACIÓN.

EXCELENTISIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CLAUDIO FIERRO MORALES, JAVIER RUIZ QUEZADA, MARCELA BUSTOS LEIVA Y SEBASTIÁN UNDURRAGA DEL RIO, Abogados de la Defensoría Penal Pública, todos domiciliados para estos efectos en Av. Alameda Bernardo O'Higgins 1449, Torre 1, piso 8, Santiago, actuando en representación según se acreditará de don **HECTOR EDUARDO PINO PINO**, cedula nacional de identidad **N°15.493.714-5**, para estos efectos del mismo domicilio, a VS. Excma., con respeto decimos:

Que, en la representación que investimos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política, interponemos requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en contra del artículo 365 del Código Penal en la causa **RUC N° 1800993345-6 RIT N° 327-2020 ante el Juzgado de Letras y de Garantía de Cabrero**, seguida en contra de Hector Eduardo Pino Pino por el presunto delito de sodomía contemplado en el artículo 365 del Código Penal, por cuanto la aplicación de dicho precepto legal en el caso concreto genera efectos contrarios a la Constitución, en cuanto vulnera la dignidad, el derecho a la vida privada e intimidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, la libertad y el contenido esencial de los derechos, consagrados en los artículos 1 inciso 1° y 19 N°2, N°4, N°7 y N° 26 de nuestra Constitución Política de la República; artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 2.1 y 3 del Pacto

internacional de Derechos Civiles y Políticos; y artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; todo ello en razón de los fundamentos que a continuación expongo.

La Constitución Política de la República en su artículo 93 prescribe, en lo pertinente, que son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6) “Resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución.” Y, agrega, en el inciso 11 de su artículo 93, lo siguiente: “En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

I.- BREVE SÍNTESIS DE LA GESTIÓN PENDIENTE EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

Con fecha 30 de Julio de 2020 el Ministerio Publico formalizó investigación en contra de Hector Eduardo Pino Pino por el presunto delito reiterado de Sodomía contemplado en el artículo 365 del Código Penal.

Los hechos contenidos en dicha formalización son los siguientes: *“En días y horas distintos entre Noviembre de 2017 a Octubre de 2018, el imputado Héctor Eduardo Pino Pino, llevaba en una camioneta al adolescente de iniciales JPGV, fecha de nacimiento 4 de Noviembre de 2002, Cedula de Identidad 21.161.242-8, hasta un bosque ubicado en el sector Cambrales de la comuna de Cabrero, lugar donde realiza actos de significación y relevancia sexual consistente en besarse con el menor y accederlo carnalmente introduciendo su pene en la boca y el ano del adolescente, igualmente realiza dichos actos en el sector de la rotonda de Los Leones de la comuna de Cabrero, en el periodo de tiempo,*

Actos que realizaba con el consentimiento de la víctima, sin que existan en estos episodios circunstancias de violación, estupro o el pago de una cantidad de dinero.”

Se agrega, que la calificación jurídica de los hechos precedentemente descritos, en concepto del Ministerio Público, constituyen el delito contemplado en el artículo 365 del Código Penal en carácter de reiterado, grado de desarrollo consumado y en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que ha tomado parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa.

II.- EXISTENCIA DE UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL

Tal como consta en los antecedentes que se acompañan en un otrosí de esta presentación, el artículo 365 del Código Penal se pretende aplicar en el proceso penal **RUC N° 1800993345-6 RIT N° 327-2020** ante el Juzgado de Letras y de Garantía de Cabrero, seguida en contra de Hector Eduardo Pino Pino. La causa criminal se encuentra en etapa de investigación con audiencia de **procedimiento abreviado o salida alternativa fijada para el día 18 de febrero de 2021 a las 11:00 horas.**

III.- DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VULNERADAS: DIGNIDAD, IGUALDAD, LIBERTAD, PRIVACIDAD Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

A.- DIGNIDAD

El artículo 1° de la Constitución Política de la República reconoce a la dignidad de la persona humana como un valor constitucional básico al señalar que “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. La dignidad de la persona humana parte de una concepción antropológica –filosófica que reconoce en la persona humana el único ser dotado de dignidad, producto de su carácter de ser consciente y racional, perfectible, dotado de voluntad y afectividad. Todo ser humano es un ser original.¹ Se entiende por dignidad el respeto que merece toda persona por su calidad de tal, lo que impide que sea coaccionada física, mentalmente o discriminada.²

¹ Nogueira, H: *Bases de la Institucionalidad, en Derecho Constitucional*, Tomo I, Ed. Jurídica, 2005, p. 110.

² Nogueira, H., *ibídem*.

La dignidad no solo es reconocer la calidad inherente a toda persona de “ser humano digno”, sino que implica reconocer a todas las personas en qué consiste el ejercicio de esa dignidad y eso es algo que tiene un correlato en todos los ámbitos de la vida: educación, trabajo, familia y, ciertamente, en el ejercicio de la sexualidad.

B.- IGUALDAD

Antes de analizar el derecho fundamental de la igualdad ante la ley y la proscripción del establecimiento de diferencias arbitrarias, es importante referirse a la igualdad como valor constitucional básico como consecuencia ineludible del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, y como regla de interpretación configurativa del juicio de igualdad.

La igualdad es otro valor constitucional básico reconocido en el inciso primero del art. 1° de la Constitución Política de la República. Este valor establece que todo ser humano no es superior ni inferior a cualquier otro; ninguna persona es más que cualquier otra persona en dignidad y en derechos; nadie puede ser discriminado. El valor igualdad cristaliza en el principio de no discriminación, es decir, el de no establecer diferencias en forma irracional, arbitraria e injusta.

Así entonces, la igualdad tiene dos dimensiones: la de eliminar toda discriminación o diferencia arbitraria y la de generar las intervenciones necesarias para corregir las desigualdades de hecho. Es por ello que el mismo artículo 1°, inciso final, de la Constitución establece el deber del Estado de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Como señala Humberto Nogueira “interpretada en sentido finalista y sistemático, la igualdad importa el reconocimiento de la misma dignidad y derechos a todos los seres humanos, la igualdad ante la ley, la prohibición de discriminaciones, todo lo cual exige una coherencia interna del ordenamiento jurídico.”³

El artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental garantiza a todas las personas “la igualdad ante la ley” y la prohibición de “establecer diferencias arbitrarias”, sea por la ley, sea por cualquier autoridad.

La igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es que

³ Nogueira, H., *Op. Cit.*, p. 110 y 111.

exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes atendiendo a consideraciones de razas, ideológicas, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal.⁴

Cabe decir, eso sí, que el concepto de igualdad no sólo juega en relación con los derechos fundamentales, sino que, ante todo respecto del ordenamiento jurídico en su entera estructura objetiva, expresando un canon general de coherencia. El que pueda ser invocado ante los tribunales no le resta valor como regla de interpretación ni tampoco demuestra su carácter exclusivo de derecho subjetivo. La fórmula de igualdad jurídica ante la ley, como sustento normativo del verdadero derecho subjetivo envuelto en el concepto de igualdad, y que consiste en no ser discriminado. Este es el genuino derecho público subjetivo que se ampara bajo la fórmula clásica de igualdad ante la ley.⁵

En resumen, la naturaleza jurídica del principio de igualdad ante la ley lo tipifica como una regla de interpretación aplicable, con cualidad general y sin excepciones, a todo el ordenamiento jurídico, a la par que sirve de sostén o soporte al derecho público subjetivo consistente en no ser sujeto de discriminaciones.⁶

Juicio de igualdad: lo diferente, discriminación y arbitrariedad.

a) Lo diferente

Cuando se enfrenta el principio de igualdad no importa tanto ésta como las diferencias que es preciso detectar, sea para considerarlas y establecer un trato justo por lo diverso o para que sean suprimidas en aras de la igualdad de oportunidades. El eje del principio de igualdad es, entonces, lo diferente y no lo igual, lo que queda muy ilustrado en la siguiente reflexión “(...) Hay muchas cosas que los hombres efectivamente tienen en común, pero eso no es lo que más importa. Lo que los individualiza, los hace ser lo que son, hace posible la comunicación, es aquello que no tienen en común con los otros. Diferencias, peculiaridades, matices, carácter individual van en conjunto”.⁷

⁴ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 25-11-1970, R.D.J., t. 67, sec. 1ra. P. 530, citada por Humberto Nogueira en *Op. Cit.* p. 215.

⁵ Fernández, M. A: *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, Editorial Jurídica Conosur, p. 40.

⁶ Fernández, M. A. *Op. Cit.*, p. 41.

⁷ Berlín, I: *La Declaración de las Ideas Utópicas en Occidente* en Estudios Públicos N° 53 (1994), P. 227. Citado por Miguel Ángel Fernández González, *Op. Cit.*, p. 47.

Ahora bien, para los efectos de realizar el juicio de igualdad sólo se deben considerar aquellas diferencias que resulten esenciales. De allí que las cualidades que justifican la realización del juicio de igualdad derivan, en términos consecuenciales, de lo trascendental que resulte la presunta discriminación que se cometa en el tratamiento dispensado. Dicho en otras palabras, la diversidad se hace relevante para el juicio de igualdad cuando está en la base de una discriminación injusta. Pero, que la discriminación sea injusta, no depende del hecho de la diversidad sino del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual.⁸ En términos del Tribunal Constitucional alemán, la diferencia resultará relevante “cuando para la diferenciación legal no sea posible encontrar (...) una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible”.⁹ En síntesis, el tratamiento discriminatorio será esencial cuando adolezca de razonabilidad, es decir, cuando sea susceptible de ser calificado de arbitrario. Como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional “De igual modo, en la dimensión del principio de igualdad que el requirente denomina diferenciado, no se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación”. (STC Rol N° 807-07) Por lo tanto, la médula del juicio de igualdad consistirá en determinar cuándo se está en presencia de una diferencia o igualdad razonables y cuándo ante una discriminación o equiparación injustas, ya que en el primer caso se permite y promueve un tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo repugna la diversidad o identidad en el trato.

b) Discriminación

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su segunda acepción, discriminar es “Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad”, esto es, existe discriminación cuando se otorga un trato de menosprecio en circunstancias que debió procederse de igual manera. En suma, se está en presencia de una discriminación cuando se trata de manera diferente a los que deben ser tratados igual, incidiendo el tratamiento precisamente en un factor que los iguala. En otras palabras, discriminar consiste en conferir un trato de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquél con el que se compara.

⁸ Fernández, M.A., *Op. Cit.*, p. 53.

⁹ Citado por Fernández G., M.A., *Op. Cit.*, p 54.

c) Arbitrariedad

Discriminar es dar un trato arbitrario, pues toda discriminación entraña una arbitrariedad.¹⁰ Ahora bien, lo que repugna al Derecho, más que la discriminación en sí misma, es la arbitrariedad que ella contiene.

La arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.¹¹ Extrapolando esta definición a la actividad de los poderes públicos, se puede decir que la intención del sujeto del poder no es deliberadamente arbitraria, pero la intención, la creencia equivocada, la ignorancia, son situaciones que pueden dar en el espíritu de la persona investida de poder un actuar arbitrario. Por tanto, la arbitrariedad que repugna al Derecho es tanto la que deriva – dolosamente- de la sin razón como la que se funda en el descuido o desconocimiento. En el ámbito del derecho internacional, las discriminaciones fácticas son relevantes para la Convención Americana sobre Derechos Humanos y deben ser consideradas al momento de comprobar la realización del principio de igualdad jurídica. En esta línea de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el artículo 24 de la Convención que “Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.” De este modo se prohíbe la discriminación **de derecho o de hecho**, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.

No se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado¹², sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe¹³.

En este sentido podemos afirmar tal como lo ha hecho parte importante de la doctrina que “...Existe hoy un denominador o criterio compartido en el **ámbito de las**

¹⁰ Fernández, M.A. *Op. Cit.*, p. 59.

¹¹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Edición N° 22.

¹² Artículo 1.1. Obligación de respetar los derechos. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo idioma, religión opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yatama contra Nicaragua, sentencia de 13 de junio de 2005, § 186. El destacado es nuestro.

jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario” ¹⁴. Agrega esta línea doctrinal que “...La prohibición de diferenciar respecto de aspecto subjetivos de la persona constituye un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como asimismo a la autonomía privada”. Y eso es lo que sostiene esta parte, lo que hace la norma que analizaremos en lo venidero es basar la diferencia en aspectos subjetivos del ser humano, cuestión que, en un Estado Democrático de Derecho, está proscrita.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los efectos del principio de igualdad y no discriminación, ha dicho que, en cumplimiento de dicha obligación, **los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto**. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales¹⁵.

Asimismo Vuestro Excelentísimo Tribunal ha señalado que “el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, pero ello debe sustentarse siempre en presupuestos razonables y objetivos que justifiquen la diferencia sin que, por tanto, ella quede **entregada al libre arbitrio del legislador**”¹⁶.

Y justamente como se verá más adelante lo que ha hecho el legislador es establecer una diferencia arbitraria o en otros términos, **dicha diferenciación carece de presupuestos razonables y objetivos**.

¹⁴ Nogueira, H: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo II, Editorial Librotecnia, segunda edición corregida, p. 223.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, § 102 y 103; Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, § 44 y 46; y Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero de 1984, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, § 54 y 56. El destacado es nuestro.

¹⁶ Considerando Decimoséptimo, fallo rol N° 1133, del 18 de noviembre de 2008.

C.- LIBERTAD

La autodeterminación sexual, como bien jurídico protegido, ha tenido reconocimiento expreso en la legislación moderna. En Alemania, con la 4ª ley de reforma del derecho penal se produjo una liberalización en términos de explicitación del objeto de protección en materia de delitos sexuales. Se introdujo en la sección decimotercera del Código Penal Alemán, el título que hoy aún está vigente: “Hechos punibles contra la autodeterminación sexual”. Asimismo, la 29ª ley de modificación del Código Penal de 1994, puso fin a la discriminación en razón de la orientación sexual, se eliminó la prohibición de la homosexualidad masculina con menores púberes y se sustituyó por una regla general de protección de menores en los casos de abuso.

En nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, el reconocimiento de la autodeterminación sexual como bien jurídico autónomo aún no se hace presente. Sin embargo, esta situación de ausencia de explicitación no significa, por cierto, que haya ausencia de reconocimiento.

Si bien ha sido entendida de manera imprecisa a raíz de la sistemática del Código Penal como abstención de la práctica del diálogo sexual, y no como intención positiva de participación de dicho diálogo, la consideración supralegal hace que esta última posibilidad interpretativa sea susceptible de construir en nuestro ordenamiento. La autonomía entendida como libertad en el desarrollo del plan de vida es el presupuesto evidente de la admisibilidad de la autodeterminación sexual.

La autodeterminación sexual de las personas es una consagración del derecho a la libertad, consagrado en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política pues la configuración de delitos sexuales tiene un correlato normativo, precisamente, en los delitos contra la libertad. De esta manera cuando hablamos de libertad, nos referimos a libertad sexual, desprovista de consideraciones de moral social sino dependiente de la autonomía del sujeto y de su interlocutor sexual. El constreñimiento a practicar o tolerar determinadas conductas sexuales no queridas es coacción y eso es un atentado contra la libertad. Lo curioso en el caso de la sodomía es que éste no es un delito que atente contra la libertad, **este es un delito en que, a diferencia de los otros delitos sexuales no hay coacción, pues no hay un constreñimiento a tolerar un ataque, lo que hay es simplemente una relación sexual.** La afectación en materia de libertad, viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de aquél que quiere tener una vida sexual plena.

D.- PRIVACIDAD

La autodeterminación sexual puede considerarse, también, como parte del derecho a la privacidad, consagrado en el art. 19 N°4 de la Constitución Política, lo que puede afirmarse considerando la intensa protección que la carta fundamental le dispensa a la idea de privacidad, sobre todo a partir de la Ley N° 20.050. La reforma constitucional nos permite actualmente entender a la privacidad “como una especie de derecho a ser dejado sólo (*right to be et alone*), lo que expresa el carácter defensivo que posee el derecho a la privacidad, en cuanto esencialmente posibilita conductas de exclusión de terceros respecto de ámbitos de la vida de los cuales un sujeto tiene interés que no sean conocidos.”¹⁷

El derecho a la vida privada -así como en derecho comparado se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad- comprende el derecho al desarrollo de un plan de vida autónomo sin intervención estatal. Lo que el sujeto considere como acto sexual es algo que va a depender de sí mismo, de su sola voluntad. Lo que el Estado considera, sin embargo, como conducta sexual culturalmente aceptable es algo que queda entregado a la moral social. El problema con esta consideración de qué es sexualmente admisible y qué no, es que se está sosteniendo que la configuración personal, individual de qué es el plan de vida de un sujeto no tienen tanto peso específico como lo tiene el interés colectivo de mantener la vigencia de la expresión social sexual.

La tipificación de las prácticas homosexuales consentidas, implica necesariamente una afectación al derecho a la privacidad, a la intimidad. Mantener relaciones sexuales heterosexuales en la privacidad del hogar de manera consentida es algo universalmente legítimo, mantener relaciones sexuales en público es algo –en general- reprochado por el Derecho. En ese sentido el tratamiento diferenciado de la privacidad lleva a concluir que **la privacidad de unos vales más que la privacidad de otros**. La intromisión en los actos que tienen lugar en la intimidad del hogar con respecto a las parejas homosexuales es algo propio de un estado totalitario donde la observancia a los derechos fundamentales es

¹⁷ Medina, G., “Algunos aspectos de la protección penal de la privacidad”, en Estudios de Ciencias Penales, Hacia una Racionalización del Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile., LegalPublishing, 2007, p. 247. Este autor acude a la teoría de las esferas de R. Alexy para determinar cuáles son los sucesos abarcados por esa protección. Según lo anterior [*Ibid*]. “existe la posibilidad de graduar conceptualmente tres espacios normativos distintos, referidos a la privacidad y su protección. Esos espacios estarían concéntricamente configurados en tres niveles de diferente nivel de protección.

El más reducido, pero a la vez más intensamente protegido, sería aquél denominado de la *esfera íntima*, el cual estaría constituido por aquellos aspectos más reservados de la vida de un individuo, que habitualmente se expresarían en aquellos sucesos relacionados con la muerte, la sexualidad, la enfermedad o la desnudez.”

inexistente. La punibilidad de la sodomía no sólo afecta la libertad sexual en términos de prohibición de participación libre de la interacción sexual, sino que afecta el derecho a la intimidad.

E.- CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

La Constitución, en el numeral 26 de su artículo 19, asegura a todas las personas que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

De este modo, el objetivo del artículo 19 n° 26 no es atribuir un poder al legislador, sino limitar al que tiene atribuido por la propia Constitución, estableciendo un límite a la capacidad del legislador de limitar los derechos, el que viene dado por el contenido esencial de los mismos. Dicho contenido esencial se constituye, entonces, en la barrera constitucional insuperable e infranqueable en la tarea de establecer posibles limitaciones de los derechos, constituyendo una dimensión constitucional del derecho. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el sentido y alcance del contenido esencial de los derechos, señalando: "...que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide "el libre ejercicio" en aquellos casos en el que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica"¹⁸

El alcance del contenido esencial de los derechos se desarrolla y explicita aún más en la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional: "...que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben, primeramente, encontrarse señaladas en forma precisa en la Carta Fundamental; en seguida, debe respetarse el principio de igualdad, esto es, deben imponerse de manera igual para todos los afectados; además, deben establecerse con indudable determinación, tanto en el momento que nacen, como en el que cesan y, finalmente, deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es razonables y justificadas (Rol N° 226, considerando 47). El derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. El derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 43 de 24 de febrero de 1987. Considerandos 20 y 21.

Estos supuestos deben ser aplicados, en todo caso, con la confluencia de dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho; y luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y como juega en ella el derecho y la limitación.”¹⁹

Como se expondrá, la aplicación del artículo 365 del Código Penal, en el caso concreto, constituye un ejemplo evidente de afectación sustancial a la dignidad, la igualdad, la privacidad y la libertad, considerando sobre todo las condiciones inherentes de una sociedad democrática.

IV.- EL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL E HISTORIA FIDEDIGNA

El artículo 365 del estatuto penal que se encuentra vigente en la actualidad es producto de la modificación de los delitos sexuales de dicho cuerpo legal que se hiciera mediante la promulgación y publicación de la Ley 19.617, sancionando a “El que accediere carnalmente a un menor de 18 años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro será penado con reclusión menor en su grado mínimo a medio”.

Por lo tanto, el legislador penaliza las relaciones libres y consentidas entre dos varones, cuando quien es accedido carnalmente es mayor de 14 años y menor de 18 años; y quien accede es mayor de aquella edad.

El delito previsto en el artículo 365 no es coherente con la sistemática del Código Penal²⁰. En efecto, el Código Penal se encuentra estructurado en términos de resguardar el derecho que se tiene a la abstención de participación de la interacción sexual, pero en general no regula –excluyendo evidentemente la protección de la indemnidad sexual- qué ocurre con aquél que sí tiene voluntad de participar de esa interacción sexual. Esto no es

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 280. Considerando 14.

²⁰ Si se sostiene que la indemnidad sexual es lo que se protege, la respuesta evidente es que ese bien jurídico ya se encuentra protegido por las figuras del artículo 362 y 366 bis del Código Penal. La indemnidad sexual opera respecto de las personas menores de 14 años, no respecto de aquellas personas que superan esa edad. “La libertad sexual, como se entiende en estas figuras, es la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro. Sin embargo, por carecer de un cabal desarrollo de esa facultad, respecto de los menores de edad, y particularmente de los impúberes, lo que se protege no es tanto su libertad como su indemnidad sexual, esto es, el libre desarrollo de su sexualidad”. Politoff, S; Matus, J.P. y Ramírez, M.C., *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte general*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 246.

más que reflejo de la represión sexual que existe en nuestra legislación, donde la justificación moral de pocos –encubierta- impide la participación consentida de personas en una relación sexual de carácter homosexual.

Interesante resulta conocer las razones que tuvo en mente el legislador para modificar dicho artículo estableciéndolo del modo que está vigente hoy. Poderosos argumentos fluyen de su historia fidedigna **para colegir la vulneración flagrante a la Constitución y los Tratados Internacionales citados**, señalando desde ya que las citas que se harán en lo sucesivo, corresponden a la discusión en la Comisión de Legislación, Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados y de la discusión en la Comisión Mixta.

En nuestro Parlamento se alzaron ciertas voces que proponían derogar esta figura que penaliza las relaciones sexuales vía anal entre dos varones uno de los cuales es mayor de 14 años pero menor de 18 años, al consignarse que “La más radical, que proponía derogar este inciso, se fundaba en la necesidad de descriminalizar aquellas conductas cuya lesividad social es inexistente, en **que no existe propiamente un bien jurídico protegido** o en que no se alcanza la gravedad suficiente que justifique recurrir al sistema represivo penal. **En el derecho penal contemporáneo, los criterios culturales, sociales o morales prevalecientes en un momento determinado no pueden ser el único fundamento para incriminar determinadas conductas, menos aun cuando no existe una víctima afectada en algún bien jurídico**, en cuanto supone más bien la participación voluntaria de dos o más sujetos capaces. Al no constituir un atentado contra la libertad sexual de los sujetos, único bien jurídico merecedor de tutela penal, pareció prudente suprimir la incriminación de estas conductas, que se cometen con pleno consentimiento de las partes involucradas. Se hizo presente, a mayor abundamiento, que este delito carecía de sustento en un plano de política criminal y que incluso contravenía disposiciones constitucionales, como la de la determinación típica, al no contener la descripción de una conducta; la de la necesaria afectación de un bien jurídico, **porque el comportamiento sancionado no tenía fundamento razonable en el campo del derecho, y la de la igualdad, porque el equivalente femenino de ese mismo comportamiento (el lesbianismo) se hallaba exento de sanción**”.²¹

²¹ Boletín N°1048-7-3, Informe Comisión Legislación, Constitución y Justicia en tercer trámite Constitucional, p. 23.

Esa es la postura que como se señala en el citado informe se consideraba la postura más radical, provechoso resulta consultar la postura que finalmente se impuso en el Parlamento para conocer las razones que se tuvieron a la vista para penalizar la conducta ya descrita y así en lo venidero del requerimiento, analizar si en la especie concurren los presupuestos que la doctrina Constitucional tanto nacional como internacional han señalado legítimos para establecer tratamientos diversos a idénticas situaciones fácticas.

En este sentido se consigna, “En contrario, 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 alteración de la convivencia del cuerpo social. **Al menos, la sociedad chilena se altera**. En definitiva, se optó por suprimir la disposición del inciso primero del artículo 365 y establecer, en su reemplazo, una disposición nueva que sanciona al 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, con una penalidad de presidio menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años).”²²

²² Boletín N°1048-7-3, Informe Comisión Legislación, Constitución y Justicia en tercer trámite Constitucional, p. 23.

Para más adelante consignarse que “...en el informe de la Comisión del Senado que algunos de sus integrantes — la mayoría — razonaron en el sentido de que no puede desconocerse que el tema conlleva la existencia de una carga valórica importante, que excede los solos criterios de técnica jurídica, poniendo de relieve que la revisión de este 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.”²³

El mismo informe de la Comisión al dar a conocer la opinión de otros senadores, consigna, “Otros, en cambio, estimaron que, **por criticable que pueda ser la homosexualidad desde el punto de vista moral, éste es un ámbito de la vida privada que no debe ser regulado por el derecho, que tampoco contempla normas sobre otros tipos de conductas sexuales**. Añadieron que no implica la antesala del reconocimiento de la pareja homosexual, sino, simplemente, el levantamiento de la amenaza de un castigo penal que rara vez se aplica, pero constituye fuente de extorsión”²⁴.

Ahora bien, si queremos poner de manifiesto cuál fue realmente el criterio que primó y que se tuvo a la vista al momento de establecer el precepto actual, basta ver la observación que hizo uno de los parlamentarios, para dar cuenta de la subjetividad que operó en la decisión adoptada por dejar el precepto con su nueva formulación y de la falta de certeza respecto al bien jurídico protegido con este tipo penal: “Últimamente se ha hablado mucho de construir igualdad. Me sumo a ello, respetando las diferencias, pero no a este costo. La ley debe ser ejemplificadora, y me parece que el mal menor es lo que hoy se establece en ella. Aquí hay una minoría. No se trata de perseguir a los homosexuales, pero tampoco se puede [sic] legitimar conductas anormales. Esta Cámara no puede seguir siendo permisiva, invocando ‘legalismos’. Vivimos en una sociedad enferma que necesita caminos, y por una cuestión de ejemplo, éstos debe darlos la ley”²⁵.

²³ Boletín N°1048-7-3, Informe Comisión Legislación, Constitución y Justicia en tercer trámite Constitucional, página 24.

²⁴ Boletín N°1048-7-3, Informe Comisión Legislación, Constitución y Justicia en tercer trámite Constitucional, página 24.

²⁵ Sesión 8ª), en martes 16 de junio de 1998, p. 31.

El pensamiento de este parlamentario es fiel reflejo del criterio que se tuvo a la vista cuando se optó por mantener este tipo penal. De esto, la conclusión evidente es que ese “mal menor” con cargo a los homosexuales y al libre desarrollo de su plan de vida personal y sexual, se encuentra justificado pues sólo así la ley puede ser ejemplificadora. Respecto de esto, hay dos cuestiones problemáticas: en materia de sodomía el efecto preventivo general intimidatorio de la ley penal se pierde; y la regulación diferenciada de las prácticas sexuales consentidas homosexuales (prohibidas), y las prácticas sexuales heterosexuales (permitidas) es, precisamente, persecución. Que no haya sido reconocido en esos términos por la Comisión no quiere decir que efectivamente no sea así. Si ante una misma situación los heterosexuales se encuentran legitimados para tener relaciones sexuales; mientras que en esa misma situación los homosexuales no, eso es persecución de un grupo minoritario en razón de sexo. En este sentido, ese “mal menor” justificado por la finalidad “ejemplificadora” de la ley, es una vulneración de la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

V.- LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL EN EL CASO CONCRETO RESULTA CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN

La aplicación del delito de sodomía en la presente causa no sólo atenta contra derechos individuales respecto a lo referido a autodeterminación sexual, este delito es, según los argumentos expuestos con anterioridad, un delito de persecución de una minoría, que en el caso de marras afecta a mi mandante, en cuanto le sanciona por el ejercicio legítimo de su autodeterminación sexual. Si bien en la Comisión se trata de evitar la crítica por la persecución, haciendo la prevención más arriba citada en el sentido que “no se trata de perseguir a los homosexuales”, la verdad es que en los hechos y en virtud que el criterio diferenciador en este tipo penal en relación a las mujeres no resiste análisis, es que este artículo no sólo es discriminatorio para mi mandante, sino que constituye persecución a su respecto en razón de su sexualidad.

Si bien hay prácticamente unanimidad respecto a que la Constitución recoge la idea de igualdad relativa, entendida como “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Hay que precisar dos cuestiones al respecto:

a) La idea de situar el derecho a la igualdad del art. 19 N°2 de la Constitución Política como igualdad relativa, y en ese supuesto las diferencias que a primera vista se presenten estarían legitimadas por esa razón. El problema aparece con anterioridad a esa distinción categorial, se presenta –tal como señalamos con anterioridad- porque el legislador debe justificar el criterio para instaurar la igualdad relativa. De manera tal que, si ese es el argumento para tratar de manera diferenciada a las relaciones sexuales de parejas heterosexuales y homosexuales femeninas, por un lado; y de parejas homosexuales masculinas, por el otro, la respuesta que debe dar el legislador es respecto de cuál es el criterio que usó para hacer esa distinción. Y si no logra responder a eso, entonces la diferencia es arbitraria y, por consiguiente, inconstitucional.

b) El argumento de la igualdad relativa no se sostiene, debido al tratamiento diferenciado que se hace de los actos sexuales lésbicos y del acceso carnal del menor de edad a un mayor de edad, pues en ese caso no hay sodomía. En este caso, si el menor hubiese sido quien accedió carnalmente a mi mandante, no estaríamos siquiera discutiendo la legalidad o ilegalidad de la conducta, tampoco lo haríamos si quien hubiese sido accedida carnalmente por vía anal hubiera sido una mujer de 16 años pues ella, ante la ley, sí puede y tiene la madurez suficiente para disponer de su libertad de participar en interacciones sexuales. Si en la pieza de enfrente respecto de la cual se encontraban supuesta víctima e imputado, hubiese estado otro hombre de su misma edad realizando los mismos actos con una mujer de 14 años, estaríamos ante un caso de impunidad, y eso nos pondría en una situación en que la legalidad llega al absurdo.

En consecuencia, resulta evidente que la aplicación del precepto legal en comento al caso concreto genera abiertamente una discriminación arbitraria, pues se sancionará a mi mandante por una relación sexual con una persona de su mismo sexo menor de 18 y mayor de 14, libremente consentida, –sin las circunstancias del estupro o la violación-, pero no serán sancionadas penalmente las siguientes situaciones:

- a) Relaciones sexuales entre un hombre mayor de 18 años y una mujer menor de dicha edad y mayor de 14;
- b) Relaciones sexuales entre una mujer mayor de 18 años y un hombre menor de dicha edad y mayor de 14;
- c) Relaciones sexuales entre una mujer mayor de 18 años y una mujer menor de dicha edad y mayor de 14.

- d) Relaciones sexuales entre un hombre mayor de 18 años y uno mayor de 14 y menor de 18, cuando es éste último quien accede a aquél.

La diferencia de trato que hace el precepto legal impugnado, cuya aplicación solicita el Ministerio Público en el requerimiento presentado en contra de mi mandante, no tiene otro criterio más que un criterio de género. Resulta socialmente más reprochable la homosexualidad masculina que la homosexualidad femenina, y más específicamente la homosexualidad activa que pasiva.

Por otra parte, si se considera que la libertad sexual es el bien jurídico protegido o bien, si la indemnidad sexual fuera el bien jurídico protegido, en ambos casos habría una inconsistencia evidente al no considerar la homosexualidad femenina dentro del tipo penal y al preterir la conducta en la que el menor es el que accede carnalmente como tipo delictivo. **El hecho de que se prescindan de estas dos figuras da cuenta de la consideración de la sodomía como expresión de moral social sexual y no como expresión de protección de libertad sexual.** Tal como señala Oxman en su libro "Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile": **"Esta figura es ampliamente discriminatoria y pensada exclusivamente para limitar la capacidad de autodeterminación sexual de los varones adolescentes, pasando por alto –al menos preliminarmente- la represión de los actos de lesbianismo"**²⁶. De este modo, la aplicación del artículo 365 del Código Penal en el caso concreto, atenta contra el plan de vida de nuestro mandante, quien decidió llevar una vida homosexual. Lo que hay en la aplicación de dicho precepto legal al caso concreto, es un mandato de represión de conductas sexuales homosexuales.

Por otro lado, la privacidad, no solo se afecta por la conminación del tipo penal, la privacidad se afecta en un segundo momento por el proceso penal. La presunta víctima en este caso penal, ha debido y deberá revelar detalles íntimos de una relación sexual consentida, de algo que para él es natural y querido. Él ha debido y deberá contar detalles de su relación sexual que no deberían ser públicos porque son actos que pertenecen a la esfera privada, son detalles que si hubiesen tenido lugar con una mujer él no tendría que revelar. El problema aquí es que el legislador cae en abierta contradicción; pues el objeto de protección –a su juicio- debe pasar por esta situación traumática que es el proceso,

²⁶ Oxman, Nicolás: *Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile*, Librotecnia, Santiago, 2007, p.110

debe –en su situación de víctima- someterse a interrogatorios y pericias. Eso sí atenta contra la autodeterminación sexual, no el hecho de mantener relaciones sexuales consentidas. El Estado es quien atenta contra la autodeterminación sexual, pues está constriñendo a esta persona a revelar hechos que para el resto de la población en esa misma situación no les son exigibles de hacer públicos. Por otra parte, mi mandante deberá declarar como medio de defensa y respecto de él, también se va a producir la afectación a la privacidad en términos de exposición de su vida sexual privada. Ahora bien, se podría afirmar que la afectación de su vida privada estaría legitimada, en principio, en razón de su supuesto actuar antijurídico. Sin embargo, y aquí es donde se entraña la mayor contradicción ¿por qué respecto de la supuesta víctima está legitimada la afectación de su privacidad si para él esa relación sexual consentida no implica afectación de autonomía sino ejercicio de la misma? La respuesta es por el interés colectivo de mantener la vigencia de la moral social sexual.

Esta diferenciación pone a la presunta víctima en una situación de desventaja respecto a la mujer, porque una mujer mayor de 14 años, pero menor de 18 años sí puede consentir en que un hombre la penetre ya sea que éste tenga 20, 30 ó 50 años y ambos serán impunes por ese hecho. Un hombre que tenga más de 14 años y menos de 18, no puede consentir en ser accedido carnalmente por una persona de esos rangos de edad, pues su interlocutor sexual comete delito y él si bien no es punible sí debe verse expuesto a un proceso en que se debe rendir prueba, en que debe revivir hechos íntimos, etc. En este sentido el afectado con la tipificación del delito de sodomía ya no es sólo quien accede carnalmente, sino que quien es accedido. La afectación se produce en el sentido que ya señalábamos: en términos de represión de libertad sexual; pero también por cuanto la persona que consiente en esta interacción sexual es expuesta a tener que hacer pública su vida sexual, a tener que contar detalles íntimos respecto a esta relación sexual querida. El problema entonces con el tipo de sodomía no es porque se constriña a un adolescente a mantener relaciones sexuales, el problema es que el Estado constriñe a este adolescente a exponer detalles de su vida íntima, desarrollada de manera normal en un procedimiento donde no existe afectación previa a su intimidad más que la que se produce en el proceso y por el proceso.

En relación con el derecho a la prohibición de diferencias arbitrarias, en el Segundo Informe de la Comisión del Senado, algunos de sus integrantes razonaron de la siguiente manera: “Llamó la atención sobre el hecho de que el tema no es el inicio de la sexualidad,

sino que la madurez de la personalidad, de la capacidad de autodeterminación, ya que es posible que los varones tengan relaciones sexuales antes de esa edad, pero es bastante generalizada la aceptación de la idea de que el hombre madura su personalidad un poco más tarde que la mujer, lo que lo hace más susceptible de ser presionado o inducido”.²⁷ En este mismo sentido se hicieron variadas consideraciones respecto a criterios subjetivos sobre **madurez sexual diferenciada**. El criterio de la “creencia generalizada” es un criterio que simplemente lleva al sistema normativo a la banalización de los criterios. La consideración de criterios naturalísticos de sentimiento colectivo no es ni puede ser un criterio aceptable en un estado democrático de derecho que permita legislar y hacer punibles ciertas conductas. El derecho penal es por esencia atentatorio de derechos fundamentales y en ese sentido requiere de justificación en sus diversas etapas. “El Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado”²⁸. En este sentido y con la regulación existente hoy en materia de delitos sexuales, hay dos cuestiones que no hay cómo justificar: en primer lugar, el posicionamiento del hombre adolescente como un ser débil, pues eso es discriminación en razón de género. Las consideraciones que hace la Comisión en este sentido son puramente intuitivas y ya sabemos que la intuición no sirve para legislar. En segundo lugar, esta falta de estandarización de criterios para otros efectos como, por ejemplo, la responsabilidad penal, no se toman en consideración. Esto da cuenta de la falta de coherencia del legislador y de su incapacidad de estandarizar criterios, creando con regulaciones que –en su concepto- tienden a la igualdad, infinitas situaciones de discriminación y arbitrariedad.

También resulta evidente que un varón mayor de 14 años, pero menor de 18 años, puede disponer de su sexualidad – natural – en términos de la Comisión. Es decir, el consentir en mantener relaciones sexuales penetrando a una mujer por la vía que sea o penetrando a un varón mayor de 18 años por vía anal son conductas lícitas; pero mantener relaciones sexuales permitiendo que un varón mayor de 18 años lo penetre es penado. En consecuencia, puede disponer de algunas partes de su cuerpo, verbigracia, pene, pero no de su ano. Eso es discriminación, pues respecto de los

²⁷ Boleín N°1048-7-3, Segundo Informe Comisión Legislación, Constitución y Justicia en tercer trámite Constitucional, p. 296.

²⁸ Roxin, C: *Problemas Básicos del Derecho Penal*, Madrid: Reus, S.A., 1976, p.20.

hombres mayores de 14 años y menores de 18 años, algunas partes de su cuerpo son individuales, mientras que otras partes de su cuerpo son estatales.

Si lo que el legislador pretendía proteger era la sexualidad “natural” y no establecer una discriminación arbitraria, sospechoso es que a las mujeres mayores de 14 años se les permita gozar tanto de la sexualidad por vía vaginal como por vía anal. Lo anterior no viene sino en demostrar que esta diferencia de trato no es ni razonable ni objetiva.

VI.- LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL EN EL CASO CONCRETO CONSOLIDA UN TRATO ARBITRARIO

Tal como hemos revisado, los derechos fundamentales involucrados, la historia fidedigna de la ley, dan cuenta de la falta de razonabilidad en la diferenciación establecida por el legislador a través del artículo 365 del Código Penal materializada en el caso concreto. En efecto, se ha discriminado a mi mandante y a la supuesta víctima, sin que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado como propio de un Estado democrático de derecho.

De tal modo, la discriminación que le dispensa el artículo 365 del Código Penal a mi mandante deviene en arbitraria, lo que se puede reafirmar de los precedentes jurisprudenciales de nuestro Tribunal Constitucional y de lo dicho por la doctrina.

Así, como latamente lo ha señalado nuestra Jurisprudencia Constitucional, diferencia arbitraria es, "...toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable..."²⁹. Esta idea el Tribunal Constitucional la profundiza en la siguiente sentencia "... Que la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido, favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales,

²⁹ Evans de la Cuadra, E: *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, pág. 125.

diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario. Cabe agregar que, dentro de dicha tendencia, en materia de derecho comparado, se ha declarado que ‘no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados’ (Tribunal Constitucional Español, sentencia 128/1987 de 16 de julio de 1987) y que ‘la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y -sea por ende arbitraria- por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador.’ (Tribunal Constitucional español, sentencia 103/1983, de 22 de noviembre de 1983)”³⁰.

Por su parte, la doctrina expresa que “...las causas de la discriminación son aquellas que tienen las personas independientemente de su voluntad tales como origen, sexo, raza, idioma, condición social, como aquellas asumidas voluntariamente por las personas, que constituyen manifestaciones esenciales de su personalidad, las cuales llegan a constituir derechos fundamentales, como son las discriminaciones producidas con motivo de concepciones filosóficas, ideológicas, filiación política, opción sexual, entre otras...”³¹.

VII.- COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha resuelto que la competencia constitucional se limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad. Su competencia debe ceñirse a lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado, lo que se traduce en que el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control.³²

³⁰ Sentencia Excmo. Tribunal Constitucional de fecha 30 de Enero de 2.008, Rol N° 986.

³¹ Profesor Humberto Nogueira Alcalá citando a Marta Soriano Torres.

³² STC Rol N° 591-07

Sin embargo, “el mérito del acto impugnado” no puede inhibir al Tribunal Constitucional, sin reemplazar la voluntad del legislador, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la ley, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales. Así lo ha señalado el mismo Tribunal en la STC Rol N° 541-06 “Que, si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación.

La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común.”

La pregunta clave, entonces, radica en saber quién determina si la decisión que llevó a instaurar el precepto legal impugnado, mediante el cual se le ha conferido un tratamiento diverso a mí mandante en el ejercicio de su libertad sexual, en el caso concreto, es arbitraria.

La respuesta es que aquello corresponde, en principio, al autor de la norma. Pero, requerido el Tribunal Constitucional para que se pronuncie acerca de la plausibilidad de las razones que se tuvieron en cuenta para dar el trato diferenciado, procede que se superpongan las valoraciones de la Constitución y que el Tribunal asuma la defensa de la Carta Fundamental, o sea, de los derechos esenciales de las personas, incluso respecto de la ley que sólo manifiesta la voluntad soberana cuando respeta la supremacía constitucional.

Así lo señala la doctrina extranjera, la cual va más allá, pues asume –y en la práctica no puede ser de otra manera- que las valoraciones de la Constitución son también de

los tribunales, y por el control concentrado que prima en nuestro sistema, una tarea privativa el Tribunal Constitucional.³³

Que el Tribunal Constitucional imponga una interpretación diversa a la del legislador, no implica que con esa interpretación se esté imponiendo de manera arbitraria, ni mucho menos que se esté produciendo una superposición de poderes. No se puede hablar de falta de legitimidad por la imposición de esta interpretación, de lo que sí se puede hablar es del cumplimiento del deber y de un control del legislador, legitimado por él mismo. Ahora bien, es cierto también que la labor del Tribunal Constitucional se legitima y sostiene porque además su proceder está sujeto a reglas. Mientras esas reglas se respeten el razonamiento que haga y las consecuencias que tenga están legitimadas.

“El procedimiento de inconstitucionalidad debe así acreditar la absoluta falta de idoneidad del precepto legal, su intolerable lesividad para el derecho o su absoluta desproporcionalidad. Esto implica que, en la hipótesis de aplicación de la ley, ninguna pueda considerarse como coherente con las exigencias constitucionales.

El juez constitucional debe aplicar el arsenal hermenéutico de los juicios de razonabilidad y de proporcionalidad, de armonización o concordancia práctica, entre otros, que deben fundamentar su decisión jurisdiccional.

Así la garantía normativa de los derechos se concreta en el respeto al contenido esencial de los derechos pero ello no significa que deje de operar respecto de la administración y el juez, en cuanto integrantes de los órganos del Estado, los cuales deben *respetar y promover* los derechos en forma amplia, como establece el artículo 5 inciso 2° de la Constitución, respeto y promoción de los diversos atributos de los derechos, sin otras limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes dictadas en conformidad con la Constitución”.³⁴

Este es, precisamente, un caso en que hay desproporcionalidad y falta de coherencia sistemática de la disposición legal en cuestión, tal como se expresó en los párrafos anteriores.

³³ Fernández, M.A., *Op. Cit.*, p. 75
³⁴ p. 29. El subrayado es nuestro.

VIII.- CARÁCTER DECISIVO DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL

En cuanto al requisito de admisibilidad referido a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, la Constitución sólo exige que sea POSIBLE la aplicación del precepto legal impugnado, y no CIERTA. Al respecto, el mismo Tribunal Constitucional ha dicho que el precepto cuya aplicación se impugna no debe, necesariamente, ser considerado por el juez de fondo para resolver el asunto. Basta la sola posibilidad de su aplicación para que pueda ser declarado inaplicable. La doctrina fue ampliamente desarrollada en rol 634-06, capítulo II. La parte requerida (Dirección Nacional de Aduanas) alegó que el precepto impugnado (artículo 13 de la LOC de Bases Generales de la Administración) no resultaba decisivo para la resolución del conflicto, puesto que si el precepto legal impugnado fuera declarado inaplicable (...) no tendría mayor efecto, pues no puede dejar de considerarse que existen otras normas jurídicas aplicables al caso sublite, que no han sido impugnadas en el presente requerimiento, que justificarían lo actuado por ese Servicio. El Tribunal Constitucional desechó la cuestión preliminar, sentando, desde entonces, lo que será su doctrina en este punto. Argumentó que la necesidad de velar por el pleno respeto del principio de supremacía constitucional que persigue la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal determinado en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, obliga a esta Magistratura a examinar si el precepto legal que se encuentra vigente y que se ha impugnado a través de la acción deducida, podría resultar contrario a la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto examinado. Para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución. (Considerando 8°)

De ahí que la sola posibilidad de que el precepto impugnado sea aplicado, junto con su actual vigencia, es suficiente para que pueda ser examinado por el Tribunal Constitucional a través de una acción de inaplicabilidad. El criterio del Tribunal, acertadamente amplía la causal de admisibilidad al incorporar un juicio de previsibilidad razonable de que el precepto legal pueda llegar a ser aplicado: es suficiente la posibilidad y no certeza plena de que el precepto legal impugnado sea aplicable en la gestión judicial. (STC Rol 808-07, considerando 7°)

En este caso, no cabe ninguna duda que existe una posibilidad cierta de que el artículo 365 del Código Penal llegue aplicarse, como el carácter decisivo de este precepto legal en el caso concreto. En efecto, en base al artículo 365 del Código Penal, el Ministerio Público calificó jurídicamente los hechos contenidos en la audiencia de formalización respectiva, como en su solicitud de citar a la mencionada audiencia.

POR TANTO, conforme lo disponen los artículos 1°, 5° inciso segundo, 19 números 2, 4, 7 y 26 de la Constitución Política de la República; artículo 1.1 y 24 de la Convención América de Derechos Humanos; artículos 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y 92 y siguientes de la Constitución Política de la República, antecedentes que he expuesto y que se acompañan,

PIDO A ESTE EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Tener por interpuesta la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad; admitirla a tramitación y declarar, en definitiva, **que el artículo 365 del Código Penal no será aplicable** en la causa pendiente **RUC N° 1800993345-6 RIT N° 327-2020** del Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero, seguido en contra de Hector Eduardo Pino Pino por el presunto delito de sodomia contemplado en el artículo 365 del Código Penal, debiendo prescindirse de su aplicación en todo el proceso seguido en su contra, individualizada por cuanto su aplicación al caso concreto infringe los artículos 1°, 5° inciso segundo, 19 números 2, 4, 7 y 26 de la Constitución Política de la República; artículo 1.1 y 24 de la Convención América de Derechos Humanos; artículos 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

PRIMER OTROSI: Pido a SS. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos y registros de audio:

- 1.- Certificado Patrocinio y Poder.**
- 2.- Certificado de gestión pendiente.**
- 3.- Copia de la solicitud de formalización y su respectivo proveído de fecha 6 de mayo de 2020, en causa Rit 327-2020 del Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero.**

4.- Copia fiel de la respectiva acta de la audiencia de formalización de fecha 30 de julio de 2020 en causa Rit 327-2020 del Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero.

5.- Copia fiel de la respectiva acta de la audiencia de fecha 29 de octubre de 2020, en causa en causa Rit 327-2020 del Juzgado de Letras y Garantía de Cabrero.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad con lo que dispone el artículo 93 de la Constitución Política de la República y el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, del año en curso, y atendido además la gravedad de lo que se denuncia, sumado a que de llevarse a cabo este juzgamiento podría tener consecuencias insalvables para el requirente de autos, considerando que existe audiencia de procedimiento abreviado fijada para el día 18 de febrero del año en curso, y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión, solicitamos a S.S. Excm. decretar la suspensión del procedimiento penal en el que incide el presente requerimiento.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos a VSE, tener presente que en virtud de Oficio N° 70 de 8 de febrero de 2019 expedido por la Sra. Defensora Nacional (S) que señala defensores autorizados para comparecer ante el Excmo. Tribunal Constitucional, los abogados de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional: Claudio Fierro Morales; Marcela Busto Leiva; Javier Ruiz Quezada y; Sebastián Undurraga del Río, asumiremos personalmente el patrocinio y poder del requirente, en los términos señalados en el Certificado de Patrocinio y poder acompañado en el primer otrosí de esta presentación, fijando todos domicilio en Av. Bernardo O'Higgins 1449 Torre 1 Piso 8, Santiago.

CUARTO OTROSÍ: Solicitamos a VSE, practicar las notificaciones que se pudieren dictar en esta causa a las siguientes direcciones de correo electrónico: cfierro@dpp.cl; ucorte@dpp.cl y; sebastian.undurraga@dpp.cl