Inconstitucionalidad del delito de sodomía en el ordenamiento jurídico chileno en relación con los derechos de igualdad ante la ley y autonomía privada.

Valeria Andrea Sanz Jaduri

1. Introducción

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, se le denomina sodomía a la práctica del coito anal. Esta palabra deriva de "Sodoma", una ciudad que, según la Biblia, fue destruida por Dios a causa de la depravación de sus habitantes, quienes mantenían relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. Un acto considerado inmoral desde una perspectiva religiosa tradicional.

Desde el año 1875, la sodomía, sin distinciones, se contempla como delito en el ordenamiento jurídico chileno. Y es recién en el año 1999, con la promulgación de la ley 19.617, que fueron despenalizadas las relaciones sexuales consumadas en privado entre hombres homosexuales mayores de dieciocho años en nuestro país. Sin embargo, en la actualidad, el artículo 365 del Código Penal chileno aún establece que el que acceda 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. Lo que sitúa a Chile dentro de los pocos países que mantiene una diferencia de edad entre personas homosexuales y heterosexuales, a la hora de entender formado el consentimiento para mantener relaciones sexuales.

La tipificación de este delito constituye claramente una grave afectación al derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 n°2 de nuestra Constitución de la República, y al derecho de autonomía privada. Ya que, por un lado, se establecen diferencias arbitrarias en razón de la orientación sexual, el sexo y la edad en el tipo penal. Y por otro, se protege como bien jurídico la indemnidad sexual exclusivamente entre hombres homosexuales.

Pese a aquello, el Tribunal Constitucional ha defendido la vigencia de este artículo del Código Penal, basando su fundamentación en la inmadurez sexual de los jóvenes homosexuales. Es por esto que podemos preguntarnos ¿Por qué no se protege la indemnidad sexual de los jóvenes heterosexuales en nuestro ordenamiento? ¿O la de las jóvenes

homosexuales? ¿Es que tienen entonces los jóvenes homosexuales la madurez para ser juzgados y sancionados por sus actos, si no la tienen para consentir sus relaciones sexuales?

La motivación de este trabajo es cuestionar el hecho de que aún no se haya inaplicado una disposición tan evidentemente discriminatoria, y tan cargada de contenido moral, en nuestro ordenamiento jurídico. Para lo cual se adoptó una mirada crítica al respecto, con el objetivo de ahondar en un examen profundo de las razones que aún sostienen esta disposición vigente y poder así analizar desde un enfoque doctrinal, la evolución histórica de esta institución, la constitucionalidad de esta norma en el sistema normativo de nuestro país, su tratamiento jurídico en el derecho comparado y algunos estudios críticos realizados al respecto.

2. Modificaciones históricas al artículo 365 del Código Penal.

El artículo 365[1] del Código Penal, tal cual como se configura actualmente, fue establecido en nuestro país el año 1999. Sin embargo, este precepto se ha ido reformulando desde su redacción original, que data del año 1875.

La primera redacción del actual artículo 365 del Código Penal, que se mantuvo vigente entre 1875 y 1972, sancionaba con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y además con multa a "el que se hiciere reo de la sodomía". Al tener este precepto influencia proveniente del derecho visigótico, solo se mencionaba el delito y no se realizaba una aclaración de la conducta prohibida. Esta ambigüedad en el supuesto de hecho, significaba un problema de indeterminación de la norma, tanto para el juez que la aplicaba como para la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes no sabían a qué atenerse[2].

Luego, se formuló una nueva redacción, que estuvo vigente entre 1972 y 1999, producto de la entrada en vigencia de la ley 17.727. Se agregó un inciso segundo y uno tercero a la formulación original del artículo 365, en los que se tipificaron dos agravantes del delito. Estos

[1] Según lo analizado en clases del texto de Helmut Coing, es importante destacar que "tiene valor comparar lo que tenemos con lo que ya no existe". De aquí radica la relevancia de señalar las modificaciones del artículo 365.
[2] BASCUÑÁN *et al.*, 2011, p.76.

incisos establecieron, en primer lugar, que cuando se cometiera el delito existiendo fuerza, intimidación, o privación de razón o de sentido, se sancionaría con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio. Y en segundo lugar, que si el ofendido por el delito fuere menor de 14 años, se sancionaría con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo. Sin embargo, el problema de esta modificación fue sancionar las formas de comisión de sodomía, en vez de aludir al supuesto del delito[3].

La redacción que conocemos hoy en día de este artículo, fue introducida por la ley 19.617, cuya publicación se realizó en el Diario Oficial el 12 de Julio 1999. Esta nueva norma modificó el artículo 365, que desde 1972 sancionaba el delito de sodomía en su inciso primero y el delito de violación sodomítica en sus incisos segundo y tercero[4].

2.1. Historia de la ley 19.617, con relación al artículo 365 del Código Penal

Tras la vuelta a la democracia y con la reapertura del parlamento, se puso en pie una nueva reforma al Código Penal el día 3 de agosto de 1993, por vía de mensaje presidencial, en el gobierno del presidente Patricio Aylwin Azócar. Después de haber transcurrido 20 años desde la última modificación del artículo 365[5].

Este proyecto, concretizado en la ley 19.617, excluye a los adultos de la sanción del delito de sodomía, consagrado en el inciso primero del artículo 365, y deroga los incisos segundo y tercero del mismo. Puesto que se configura en el artículo 361 un nuevo delito de violación común a ambos sexos, y se prevé en el artículo 363 el estupro entre varones. No obstante, esta reforma solo buscó armonizar el artículo 365 con el resto de preceptos legales, y nunca tuvo como finalidad modificar sustantivamente este artículo.

El primer inciso del artículo 365, que sancionaba la sodomía, fue objeto de algunas indicaciones durante el proyecto de ley. Estas son relevantes de destacar para comprender el contexto social en que este artículo se redactó y las razones por las que se mantuvo su configuración sustantiva, teniendo en cuenta que no era el objetivo principal del proyecto.

[3] *Idem.*
[4] *Ibidem*, p. 77.
[5] *Idem.*

Dentro de las indicaciones del primer informe de la Cámara de Diputados, se propuso derogar el inciso primero del artículo 365, con el objeto de despenalizar una conducta que no producía la afectación de un bien jurídico protegido, ni reunía la gravedad que se necesita para recurrir al sistema punitivo. Argumentándose que los criterios sociales, morales, o culturales de un determinado momento no pueden servir de base para incriminar un acto que se realiza entre dos o más sujetos capaces, y en el que no existe lesividad social[6].

Se recalcó que no se produciría un atentado contra la libertad sexual de las personas al permitir la conducta, puesto que esta se realizaba con pleno consentimiento de las partes involucradas. Haciéndose presente que no era sustentable el artículo 365 como política punitiva y que incluso resultaba contrario a normas contenidas en la Constitución. Por lo que se señaló su posible despenalización como un acto "humano" y su prohibición como "dañina e irracional"[7]. Se destacó también que la palabra "sodomía" se encontraba obsoleta. Pues para hacer referencia a la conducta de los individuos cuyo impulso sexual se orienta hacia personas del mismo sexo se utilizaba la expresión "condición sexual".

La indicación más conservadora, y contraria a aquella que pretendía derogar el inciso primero, señaló que las personas homosexuales eran un peligro para la sociedad, y que sus conductas merecían condenarse. Destacando que la iglesia católica y sus miembros no aceptaban la homosexualidad, por contravenir el propósito de transmitir la vida impuesto por Dios y por reforzar una inclinación sexual desordenada, dominada por "la autocomplacencia"[8].

Pese a esto, parecía aceptable en el Congreso una reforma penal en la que no se consideraran las relaciones homosexuales como delito, por no atentar contra el bien común. Ya que lo que los individuos realizaran en su ámbito privado, no era merecedor de castigo. Al igual que las relaciones heterosexuales "pecaminosas" que no eran sancionadas legalmente.

No obstante, la Comisión Redactora debatió el hecho de que no resultaría conveniente que los actos homosexuales se hicieran públicos, por el posible impacto y daño al ser

[6] Historia de la ley 19.617, 1999, visto en sitio web: www.bcn.cl, p. 33.
[7] *Idem*.
[8] *Ibidem*, p.34.

presenciados por personas adultas, y por la corrupción que podrían ocasionar en menores de edad. De modo que resultaba necesario privar esta práctica, para no perturbar a la sociedad.

Por otro lado, se aludió a la posible movilización de los homosexuales "agresivos", que acusarían a la sociedad por discriminatoria y represiva si se mantenía el delito. Sin embargo, algunos diputados afirmaron al respecto, que la permisividad de la conducta homosexual llevaría inevitablemente a la consideración jurídica de sus "relaciones anormales", y no permitiría que las personas valoraran negativamente un acto inmoral, como es la sodomía. Por lo que la mantención del delito sería un "mal menor"[9].

Tras esta discusión, en el primer informe de la Comisión de Diputados, con el voto de la mayoría, se suprimió el primer inciso de artículo 365 y se estableció una disposición nueva que sancionaba al adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que mediaran las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, con una penalidad de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Es decir, estableció para ello una pena que fluctúa entre los 61 días y 3 años. Por lo que los adultos que consintieran privadamente ejecutar este tipo de actos quedaban al margen de la conducta típica[10].

En la discusión en sala se concluye que no estaban despenalizando la sodomía, sino que estaban ubicándola en "su justa dimensión". Se despenaliza el hecho cuando las relaciones se llevan a cabo entre mayores de edad, libremente consentidas y en privado. En los demás casos, cuando media un menor de 18 años, hay sanciones importantes contempladas en el proyecto. Sin embargo, se pide dividir la votación, ya que existió una indicación para reponer el artículo 365 del Código Penal en su configuración de 1972[11].

En el segundo informe de la Comisión, se derogan los incisos segundo y tercero del artículo 365. Por lo que se suprime la violación sodomítica, al configurarse en el artículo 361 un nuevo delito de violación común a ambos sexos. Y al preverse en el artículo 363 el estupro

[9] *Idem*.
[10] RAMÍREZ, 2007, p. 5.
[11] Historia de la ley 19.617, 1999, visto en sitio web: www.bcn.cl, p. 36.

entre varones. Con lo que aparece mayormente protegido el hombre que es víctima de un delito sexual[12].

Respecto al inciso primero, que castiga la sodomía, definida por la Comisión como el coito entre varones adultos capaces, que voluntariamente tienen relaciones homosexuales. Se acogió, por unanimidad, una indicación que suprimía la palabra "adulto", con el fin de configurar el tipo sin más exigencias respecto del sujeto activo que el hecho de que sea una persona humana. El cual queda modificado señalando que "quien 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, sería penado con presidio menor en su grado mínimo a medio"[13].

Sin embargo, el Senado, en su primer informe, rechazó las disposiciones aprobadas por la Cámara de Diputados y optó por mantener el delito de sodomía entre adultos, consagrado en el inciso primero del artículo 365[14].

Consta en el informe de la Comisión del Senado que la mayoría de sus integrantes, reconocieron que la carga valórica del tema excedía los criterios de justicia, puesto que este tipo penal no era la idea matriz 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. Lo que serviría de base para que más adelante se intente "equiparar la pareja homosexual a la pareja heterosexual".

Otros miembros del Senado, en cambio, estimaron que, por criticable que pueda ser la homosexualidad desde un punto de vista moral, este era un ámbito de la vida privada que no debía ser regulado por el derecho. Señalando que tan solo significaba el levantamiento de la amenaza de un castigo penal que rara vez se aplicaba, pero que constituía una gran fuente de extorsión.

El Senado optó por sustituir los incisos segundo y tercero del artículo 365, y no derogarlos como lo propuso la Cámara de Diputados, por un precepto que impide la aplicación de las

[12] *Ibidem*, p. 121.
[13] *Idem*.
[14] *Ibidem*, 1999, p. 261.

penas agravadas en virtud de las reglas del concurso ideal entre la sodomía y la violación o el estupro[15].

El informe de la Comisión señaló que, en este tema, existían dos vías legislativas de solución. La primera, era tratar el uso de medios abusivos como una hipótesis calificada del delito de sodomía, excluyendo el acceso carnal homosexual de los delitos de violación y estupro. Y la segunda, era incorporar una regla que impida la aplicación del concurso ideal entre la sodomía y otros delitos, por su efecto propio de elevar las penas privativas de libertad[16].

Adoptar la primera solución, significaba incidir en varias otras disposiciones del proyecto. Por lo que optaron por la segunda solución, que, por lo demás, respondía al criterio de los incisos segundo y tercero del artículo 365 que habrían propuesto. El cual castigaba la sodomía coercitiva, o cometida en impúberes, con las mismas penas que se establecían para la violación y no con penas agravadas en relación con este último delito.

Cuando se puso en votación la proposición del Senado, la mayoría de los diputados recomendó su rechazo. Es por esto, que los diputados que se encontraban presentes en la sesión de la Comisión Mixta pusieron de relieve que el punto importante en esta materia era proteger a los menores de edad, por su mayor vulnerabilidad, señalando que a eso apuntaba el texto aprobado en el primer trámite constitucional. De manera coherente a lo que se destacó por la Cámara de Diputados, es en este punto de la discusión en el cual se acuerda despenalizar las relaciones sexuales libremente consentidas entre mayores de 18 años.

El proyecto terminado, retorna al Ejecutivo el 30 de diciembre de 1998[17], para que lo tenga por aprobado y se proceda a su promulgación. No obstante, cabe destacar, que respecto de las discusiones producidas durante el proyecto, existe gran acuerdo en afirmar que existió una doble filosofía. Puesto que, por un lado, se defendieron los valores fundamentales de la familia, acentuando la importancia de la libertad sexual tanto en su acepción positiva como negativa. Mientras que, por otro lado, esto no quedó demostrado al imponerse razones éticas

[15] Historia de la ley 19.617, 1999, visto en sitio web: www.bcn.cl, p. 525.
[16] *Idem*.
[17] *Ibidem*, p. 639.

para no despenalizar por completo un acto evidentemente discriminatorio, como lo es el delito de sodomía[18].

3. Inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal en relación con los derechos de igualdad ante la ley y autonomía privada consagrados en nuestro ordenamiento.

Es necesario plantear una solución ante la afectación que significa la perpetuidad del delito de sodomía en nuestro país, para los derechos de igualdad y de autonomía privada, amparados por la Constitución de la Republica. Considerando para esto, los pronunciamientos de la doctrina, la jurisprudencia y el derecho nacional vigente sobre la mencionada disposición normativa.

3.1. Doctrina y derecho nacional vigente

El delito de sodomía se encuentra regulado en el artículo 365 del Código Penal, dentro del Título "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual". Estableciendo que:

> "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."

La doctrina entiende por acceso carnal la introducción del pene en otro individuo[19]. Y, al exigirse que la persona con la cual se concreta la relación sexual sea del mismo sexo, solo un hombre puede ser sujeto activo y pasivo del delito[20]. Ya que, por condiciones físicas, la mujer está imposibilitada para acceder carnalmente a otra persona.

Algunos autores, como Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, han clasificado este delito como de corrupción del menor. Es decir, su comisión es considerada un impacto lesivo para el desarrollo de la capacidad de autodeterminarse sexualmente. Por lo que el fin de la

[18] Basándome en el texto de Helmut Coing, desarrolle esta institución en particular con el objetivo de demostrar que el estudio histórico no siempre es lineal.
[19] FERNÁNDEZ, 2016, p.87.
[20] De acuerdo con el texto de Larriguet estudiado en clases, esto ejemplificaría un auxilio normativo indirecto de la doctrina, en que no existe una distinción tajante entre descripción y prescripción, sino que la aclaración de un concepto sirve para construir el marco normativo de aplicación de una disposición.

norma que tipifica este delito[21], sería proteger la autonomía sexual del que aún no ha cumplido la mayoría de edad[22].

Considerando que el artículo 365 tiene por objeto la protección de la indemnidad sexual del menor varón homosexual, aun cuando este manifieste su consentimiento para sostener una relación sexual, queda claro que la disposición produce una grave afectación a los derechos de igualdad ante la ley y de autonomía privada, cuestión que se desarrollará a continuación.

a) Afectación del derecho de igualdad ante la ley

El artículo 19 n° 2 de la Constitución de la República, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aseguran la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres, y establecen la prohibición de cualquier discriminación arbitraria.

Sin embargo, esta protección al derecho de igualdad se ve vulnerada con la vigencia del artículo 365 del Código Penal. Que establece, en primer lugar, una diferenciación entre las conductas homosexuales de hombres y mujeres. Y en segundo lugar, una diferenciación entre la sanción a las conductas homosexuales y heterosexuales.

Respecto de la diferenciación entre conductas homosexuales entre hombres y mujeres, Jean Pierre Matus destaca lo curioso que resulta que a partir de una norma que tiene por objeto impedir la corrupción de menores, el legislador sostenga que las relaciones homosexuales perturban el normal desarrollo de la sexualidad de los hombres y no así, la de las mujeres. Considera además que el argumento de la disposición, no sería más que una "pobre justificación para mantener un atavismo cultural"[23], dado que no se comprende por qué la protección es exclusiva de los menores varones y no incluye a las menores mujeres. Existiría una falta de rigor por parte del legislador al no establecer una sanción igualitaria, si su objetivo era aplicar una sanción a la homosexualidad de modo genérico.

[21] De acuerdo al texto de Larriguet estudiado en clases, esto ejemplificaría un auxilio normativo directo, que permite entender la norma de acuerdo a su fin.
[22] MATUS Y RAMÍREZ, 2004, p. 270.
[23] MATUS Y RAMÍREZ, 2004, p. 348.

Se produce una diferenciación entre las conductas homosexuales y heterosexuales, al no considerarse válido el consentimiento de la pareja homosexual para impedir la configuración del delito, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de relaciones sexuales en los que participan menores de edad.

Tal como advierte Antonio Bascuñán[24], el legislador discrimina arbitrariamente al tratar el acceso carnal homosexual como traumático y susceptible de violación, mientras se deja exento de sanción al acceso carnal heterosexual. Es decir, el consentimiento de la mujer mayor de 14 años, pero menor de 18, al acceso carnal, excluye la punibilidad de quien interactúa sexualmente con ella.

Con la vigencia del delito de sodomía, un menor de 18 años y de sexo masculino, ve imposibilitada su autodeterminación sexual. En el sentido de que si decide tener relaciones homosexuales, expone a su pareja a una sanción penal, aun cuando tenga plena conciencia de lo que hace y consienta en ello. A diferencia de lo que ocurre si su pareja sexual fuese una mujer o si quienes mantuvieran relaciones homosexuales fuesen mujeres.

Antonio Bascuñán señala al respecto, que no se discute aquí la justificación de la prohibición absoluta respecto de impúberes. Lo que está en discusión es su extensión a púberes, es decir, el derecho de los adolescentes a desarrollar su sexualidad[25]. Puesto que el legislador penal no razonó de la misma manera frente a la conducta heterosexual del menor y dicha diferencia de pensamiento solo estaría justificada en consideraciones morales que perciben de manera peligrosa y negativa a la homosexualidad[26].

Finalmente, es importante destacar que no se establece como delito el hecho de que un menor acceda carnalmente a un adulto, puesto que el sujeto protegido es el impúber. Lo que evidencia una falta de fundamentación de las diferencias que ha efectuado el legislador para considerar sancionables las conductas homosexuales. Sumándose a esto, el hecho de que el artículo 3 de la ley de Responsabilidad Penal Adolescente determina como imputables a los mayores de 14 años, al considerar que estos tienen conciencia suficiente para cometer delitos,

[24] BASCUÑÁN *et al.*, 2011, p.78.
[25] *Ibidem*, p.81.
[26] De acuerdo al texto de Larriguet estudiado en clases, esto ejemplificaría un auxilio normativo indirecto, puesto que la solución se encuentra indeterminada.

ya que una vez más el órgano legislativo comete una contradicción al considerar que los jóvenes homosexuales tienen la madurez para ser sancionados por sus actos, pero no la tienen para consentir sus relaciones sexuales.

b) Afectación del derecho de autonomía privada

Este derecho se encuentra establecido en el artículo 19 n° 4 de la Constitución de la República, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 n° 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La doctrina esta conteste en que la autonomía privada comprende el derecho a la realización de acciones de significación sexual entre personas del mismo sexo, libremente consentidas[27].

La autonomía privada se ve claramente afectada cuando un individuo es denunciado y expuesto públicamente durante el proceso judicial. Y cuando el Estado mediante la persecución penal se entromete en la vida privada de sus ciudadanos, como ocurre en este caso con aquellos que tienen una preferencia homosexual, pero que sostienen relaciones plenamente consentidas.

Es discutible si puede caracterizarse como víctima a una persona que está de acuerdo y consciente de la realización de la conducta considerada ilícita, cuando además, eventualmente, esta conducta no le reporta ningún tipo de daño. Sin embargo, la protección del menor inhabilitado para sostener relaciones homosexuales se considera un valor superior ante la posibilidad del sujeto de decidir sobre su orientación sexual, vulnerándose de este modo, su derecho de autonomía sexual. Derecho que no admite distinciones en razón de la edad, el sexo u orientación sexual según la Constitución y las normas integradas en el ordenamiento jurídico por medio de los Tratados Internacionales.

A modo de síntesis, es importante destacar que el legislador aún pretende mantener imperante cierta moral sexual determinada, por la vía legislativa. No ajustándose esto, a los fines de un

[27] BASCUÑÁN *et al.*, 2011, p.71.

Estado de Derecho, ya que este solo puede dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, y no de sentimientos o valores éticos o morales[28].

4. Jurisprudencia

La sentencia más ilustrativa respecto de los criterios que ha tenido el órgano judicial para aplicar el delito de sodomía, es la del Tribunal Constitucional Chileno (en adelante TC), rol n° 1683-10 de 4 de enero de 2011. Esta es contraria a sostener la inconstitucionalidad del delito y, más bien, señala que esta norma se ajusta a la Constitución[29].

Dicho pronunciamiento se origina por un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la causa RIT n° 1278-2011, seguida ante el Tribunal de Garantía de Cañete en el año 2005. En la cual el Ministerio público acusó a un mayor de edad, de acceder carnalmente a un menor de 18 años, en ese entonces.

En el requerimiento, el recurrente alegó que la aplicación del artículo 365 del Código Penal genera efectos contrarios a la Constitución, en cuanto vulnera la dignidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, la libertad, el derecho a la vida privada y a la intimidad, y el contenido esencial de los derechos, consagrados en los artículos 1°, inciso primero, y 19 n° 2°, 4°, 7° y 26° de la Constitución. Y en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Su defensa pone de relieve que: i) la protección de la dignidad humana consagrada en el artículo 1 de la Constitución, comprende también la protección de su sexualidad; ii) su derecho de igualdad se ve vulnerado, puesto que significa una discriminación arbitraria e invasiva, establecer sanciones penales basadas en la orientación sexual; iii) su autodeterminación sexual termina siendo restringida por el Estado en la medida que sanciona una conducta sexual que es consentida en todo momento y en la que no existe coacción; iv) la sexualidad forma parte del ámbito privado de las personas; v) la diferenciación que el legislador hace con la sanción radica en la edad del sujeto activo y pasivo y, además, implica

[28] BUSTOS, 2004, p.31.
[29] Tribunal Constitucional, 04.01.2011, rol 1683-10

una diferenciación en función del sexo de los involucrados, al dejar exenta de sanción la conducta heterosexual y las conductas lésbicas, bajo los mismos supuestos de edad.

El tribunal sostiene, frente a los argumentos del recurrente, que el artículo 365 protege la indemnidad sexual del menor como bien jurídico. Lo que se ajusta a el principio de "interés superior del menor" establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo que al estar fundamentado en este principio, el precepto impugnado no contendría una discriminación arbitraria. Ya que la conducta sancionada se considera lesiva para el menor, aún con su consentimiento, bajo el fundamento de que este aún no comprende su sexualidad y por tanto, la homosexualidad podría significarle un daño irreparable.

El TC sostiene además, que el acceso carnal, propio de la conducta homosexual masculina, es considerado lesivo, a diferencia de la conducta homosexual femenina. Por lo que la penalización del delito no se debería a la orientación sexual del agresor y la víctima, sino al impacto de la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, del que no estaría exento, ni aun con su consentimiento.

Por otro lado, el TC señala que el derecho a la privacidad, al igual que otros derechos fundamentales, no puede ser entendido como un derecho absoluto, incapaz de ser limitado legalmente. Dado que en hechos delictuales se permite la intromisión del Estado en la vida privada de las personas involucradas en el delito. Basándose esta limitación, en este caso, en el hecho de que el bien jurídico "indemnidad sexual del menor", es superior al derecho a la vida privada.

El Tribunal limita el derecho de libertad personal a la libertad ambulatoria que tiene un individuo para entrar y salir de su país, descartando que esta libertad comprenda a las conductas sexuales. Por lo que no sería posible practicar, libremente y sin amenaza de sanción, conductas homosexuales consentidas. Es decir, que aun cuando quien acceda a un menor de 18 años y mayor de 14 años de su mismo sexo, esté ejerciendo su libertad, la conducta será sancionada al sobreponerse el derecho del menor a su indemnidad sexual. La que, de no protegerse, podría causar daños a su desarrollo.

Finalmente, bajo los argumentos esgrimidos, el Tribunal Constitucional decide rechazar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Sin embargo, resulta cuestionable

que el TC descarte que el artículo 365 del Código Penal signifique una violación al derecho de igualdad y constituya una discriminación arbitraria, sin definir cuál es el impacto lesivo que se produce cuando un hombre accede carnalmente a un mayor de 14 años, con su consentimiento. Y sin presentar pruebas de que exista un daño concreto producto de las relaciones sexuales homosexuales masculinas, e inexistente en las relaciones homosexuales femeninas o heterosexuales.

Por otro lado, el TC no indica en que precepto constitucional expreso se basa para afirmar que los derechos fundamentales son susceptibles de restricciones por disposiciones legales, por lo que su interpretación para restringir el derecho a la vida privada en este caso, parece forzada. Concluyéndose de este modo, que el grueso de los argumentos que esgrime para basar su fallo, carecen de motivación[30].

Posteriormente, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 365 del Código Penal, en el proceso RIT 114-2016, el 26 de Agosto de 2016. Sin embargo, fue desestimado por el Tribunal Constitucional en la causa rol n° 3205-16, al no ser la normativa aplicable al caso, puesto que se trató de una violación a un menor de edad mayor de 14 años[31].

5. Solución jurídica

A modo de dar una solución de acorde a un Estado de Derecho, es necesario elaborar una propuesta legislativa con el objeto de derogar el precepto que mantiene vigente el delito de sodomía entre menores de 18 años y mayores de 14. De manera que puedan eliminarse las diferencias arbitrarias que se justifican en la protección del menor adolescente. Puesto que carece de razonabilidad proteger a la indemnidad sexual de los menores varones que quieran sostener relaciones homosexuales, y no la de las mujeres homosexuales o parejas heterosexuales en el mismo supuesto de hecho[32].

6. Tratamiento del delito de sodomía en el Derecho Comparado

[30] De acuerdo con el texto de Larriguet estudiado en clases, esto ejemplificaría un auxilio normativo no instrumental. Puesto que el TC defiende valores que asume intrínsecos en la norma.
[31] Tribunal Constitucional, 26-08.2016, rol 3205-16
[32]De acuerdo con el texto de Larriguet estudiado en clases, puedo sostener que el objeto de mi análisis cumple una función de auxilio normativo, práctica que presupone una racionalidad instrumental en la política.

Este apartado tendrá por objeto analizar la inconstitucionalidad del delito de sodomía en los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, España y Austria. Para así poder establecer, una confrontación y consiguiente examen de las diferencias y de las analogías en el tratamiento legal y la configuración del delito, respecto del ordenamiento jurídico chileno. Con el objetivo de prever como solución jurídica los pronunciamientos de las Cortes y Tribunales Supremos en el derecho comparado.

6.1.Tratamiento del delito de sodomía en el Derecho Estadounidense[33]

En 1986, en el caso *Bowers v. Hardwick*, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró que la prohibición penal de la sodomía en los Estados federados (que comprendía en sus conductas tanto el coito oral como el coito anal consentido entre hombres adultos) no violaba derecho constitucional alguno[34]. Sin embargo, en 1996, en el caso *Romer v. Evans*, la Corte declaró contraria a la Constitución federal una reforma constitucional, la segunda enmienda de la Constitución de Colorado, que pretendía impedir la extensión de la protección estatal contra las personas homosexuales en este Estado y prohibir la promulgación por parte de las instituciones del Estado de cualquier tipo de acción a favor de estos grupos. Esta declaración de inconstitucionalidad se fundó en que el voto de la mayoría entendió que no concurría una finalidad legítima en la reforma, ya que lo que se buscaba con ella era una discriminación directa.

Revocando el precedente, el año 2003, en el caso *Lawrence vs Texas*, la Corte afirmó categóricamente la inconstitucionalidad de la prohibición penal de la sodomía consentida entre adultos, calificando de error y anulando expresamente su decisión judicial en el caso *Bowers v. Hardwick*, realizando además un llamado a derogar las leyes de sodomía en los catorce estados en que aún se encontraban vigentes (Alabama, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Florida, Idaho, Kansas, Luisiana, Míchigan, Misuri, Mississippi, Oklahoma, Texas, Utah y Virginia). Sin embargo, en este caso se pronunció puntualmente sobre las relaciones sodomíticas consentidas entre adultos, excluyendo expresamente en la sentencia la aplicabilidad del caso a las relaciones sodomíticas consentidas en las que mediaran menores

[33]Aplicando el texto de Alessandro Pizzorusso, utilice la historia casuística del derecho estadounidense de manera instrumental para ilustrar el estado evolutivo de la cuestión y realizar una microcomparación del tratamiento del delito de sodomía en la jurisprudencia de Estados Unidos.
[34]FERNÁNDEZ, 2016, pp. 98-106.

de edad. Producto de lo cual, posteriormente, la Corte Suprema negó su aplicación en reiterados casos que involucraban a menores mayores de 14 años[35].

Por otro lado, parte de la jurisprudencia estadounidense extendió el derecho a la privacidad en las relaciones sexuales consentidas entre adultos reconocida en el caso *Lawrence* a las relaciones entre menores, en los casos en que estos tengan reconocidos plena capacidad de consentimiento, al no haberse pronunciado sobre su constitucionalidad. Puesto que no existe un interés significativo para castigar las relaciones sexuales sodomíticas consentidas en las que participa un menor. Entendiendo que cuando el legislador penal establece un mínimo de edad para consentir una relación sexual, supone que el menor de edad se considera igual que al adulto, por lo que se encuentra protegido también por el derecho a la privacidad.

No obstante a lo estimado por la Corte el año 2003, en la actualidad siguen existiendo 12 Estados en los que se castiga de alguna forma la práctica sexual de la sodomía. Siendo uno de los más polémicos el Estado de Michigan, en el cual se criminaliza la homosexualidad y se le compara con el bestialismo a nivel jurídico, arriesgando hasta 15 años de prisión quien incurra en esta práctica sexual. Sólo los Estados de Montana y Virginia han anulado las leyes sodomíticas declaradas inconstitucionales desde el fallo del caso *Lawrence*.

Bajo este supuesto, podemos verificar, que la Corte Suprema estadounidense ha tenido un avance al reconocer la inconstitucionalidad del delito de sodomía a diferencia del Tribunal Constitucional chileno. Siendo razones netamente políticas las que aún mantienen la vigencia de este delito en la mayoría de los estados federados de Estados Unidos. Puesto que su Tribunal Supremo sí reconoce la falta de legitimidad al momento de establecer una discriminación directa por orientación sexual como lo es la prohibición de las relaciones sodomíticas.

Sin embargo, la Corte estadounidense no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del delito de sodomía en los casos en que medie un menor de edad mayor de 14 años. Siendo necesaria una pronunciación al respecto para poder obtener un antecedente en su jurisprudencia. Puesto que si bien en Chile el Tribunal Constitucional ha estimado acorde a

[35] BASCUÑÁN *et al.*, 2011, pp. 4-6.

la Constitución el delito de sodomía, lo ha hecho bajo una argumentación deficiente y sin sustento en la doctrina.

6.2.Tratamiento del delito de sodomía en el Derecho Español[36].

El primer Código Penal de España no criminalizaba el delito de sodomía, al estar inspirado en el Código Francés de Napoleón. Así como tampoco varios de sucesores (Códigos penales de 1848, 1850 y 1870), al haberse reprimido la libertad sexual bajo clausulas generales en legislaciones paralelas sobre "faltas a la moral y las buenas costumbres". Sin embargo, si se establecía la homosexualidad como una circunstancia agravante, lo que fue eliminado en el año 1932.

Tras la vuelta a la democracia, el Código Penal de España de 1995 (que se encuentra vigente hasta el día de hoy, sin perjuicio de algunas modificaciones) introdujo una legislación penal encaminada a la protección de la orientación sexual de los ciudadanos. Ya que reconoció la provocación al odio o a la violencia contra personas de una orientación sexual en particular, como un delito contra los derechos fundamentales y las libertades públicas. Así también a la difusión de informaciones injuriosas sobre personas homosexuales, con conocimiento de su falsedad.

Actualmente, el Código Penal Español establece en su artículo 511 inciso primero letra a) que:

> "Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad."

[36] Aplicando el texto de Alessandro Pizzorusso, utilice el contexto legal del derecho español de manera instrumental para realizar una microcomparación de las diferencias en el tratamiento de las relaciones sodomíticas respecto de Chile, puesto que en España estas no son penalizadas.

Este Código castiga de igual manera a los funcionarios públicos o profesionales que denegasen una prestación a la que se tenga derecho, por motivos de orientación sexual de la persona que lo solicite. Considerando como agravante de la responsabilidad criminal, que el motivo del delito haya sido la orientación sexual de la víctima.

Es importante destacar entre las modificaciones de este Código Penal, una de 1998, que fijó en 13 años la edad legal para mantener relaciones sexuales consentidas. Pero que, no obstante, situó a cualquier tipo de relación con menores de 16 años como susceptible de ser calificada como un delito de "corrupción de menores".

Esto evidencia el diverso tratamiento de las relaciones sodomíticas en la legislación de España, en comparación a la legislación chilena. Puesto que, por un lado, en España no fueron establecidas como un delito desde un principio, sino como la circunstancia agravante de uno, la cual fue posteriormente eliminada. Y que, por otro lado, hoy en día en España existe un pleno respeto a la orientación sexual de las personas en su legislación penal. Constituyendo un delito establecer una diferencia arbitraria en razón de la orientación sexual, como lo es la prohibición de las relaciones sodomíticas cuando media un menor de edad en Chile.

Cabe destacar que, siguiendo a la legislación española, es razonable y de acorde a un Estado de Derecho que se establezca la edad legal de 14 años en el ordenamiento chileno, sin distinción de sexo, a la hora de entender formado el consentimiento de un menor de edad. Siendo necesario para esto que el Tribunal Constitucional chileno declare la inconstitucionalidad de disposiciones discriminatorias, en razón de la orientación sexual, en lugar de justificarlas.

6.3.Tratamiento del delito de sodomía en el Derecho Austríaco[37].

La Ley de Enmiendas al Derecho penal de 1971 en Austria abolió la punibilidad de la homosexualidad y de la sodomía consentida entre adultos, sin hacer referencia a los supuestos en los que mediaba un menor de edad mayor de 14 años. No obstante, el Tribunal Constitucional de Austria declaró en 1989 que el artículo 209 del Código Penal austriaco,

[37] Aplicando el texto de Alessandro Pizzorusso, utilice el contexto normativo de Austria de manera instrumental para realizar una microcomparación de las diferencias en el tratamiento de las relaciones sodomíticas y de la minoridad penal.

que penalizaba la relación sexual entre un hombre mayor de 19 años y un hombre menor, de 14 años, se encontraba de acorde a la Constitución, declarando inconstitucional dicha disposición penal, recién en el año 2002[38].

Esta declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional de Austria, fue respaldada por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual sostuvo que el artículo 209 del Código Penal austriaco violaba el derecho de igualdad tomado en conjunto al derecho a la vida privada[39].

En la actualidad los artículos 206 y 207 del Código Penal austríaco penalizan todo acto sexual con niños. Con arreglo al artículo 206 de este texto legal, toda persona que mantenga una relación coital o realice un acto equivalente con un niño, o que le induzca a la realización de un acto sexual o bien a que se le practique un acto sexual, será condenada a penas de hasta 10 años de prisión. Pudiendo tener como agravantes del delito las lesiones corporales, el embarazo o la muerte del niño, que, en el caso de concurrir, lograrían aumentar el quantum de la pena hasta la de presidio perpetuo. Por su parte, artículo 207 penaliza "otros actos sexuales" con niños, en los que la pena mínima es entre seis meses y cinco años de reclusión[40].

Sin embargo, en el derecho penal austríaco la edad protegida universal *("Schutzalter"*), para los actos sexuales consentidos por un menor es de 14 años. Pudiendo consentir de manera válida sus relaciones sexuales un menor de 18 años pero mayor de 14. Sumándose a esto, la existencia de una disposición legal según la cual el consentimiento del lesionado elimina la antijuricidad de la conducta. Sin perjuicio de que la ley austríaca prevé una muy amplia protección penal contra la explotación sexual de personas menores de 18 años, penalizando no solo a quienes ofrezcan a los menores para su explotación sexual, sino también al consumidor.

Por otro lado, tanto como la minoridad penal se extiende hasta los 14 años, la responsabilidad penal del infractor comienza a la misma edad. No obstante, en casos en que el sujeto no fuera inimputable, hallándose entre los 14 y los 18 años de edad, y que por razones especiales

[38] BASCUÑÁN *et al.*, 2011, pp. 4-6.
[39] *Idem*.
[40] ZAFFARONI, 1980, pp. 707-729.

vinculadas a su desarrollo no pudiese comprender acabadamente el contenido injusto de su, no será penado, según dispone el artículo 10 de la Ley de Justicia Juvenil. La completa responsabilidad penal se adquiere en realidad a los 18 años, pero incluso entre los 18 y los 20 años, no podrá imponerse al autor ninguna pena privativa de libertad de por vida.

Esto demuestra que, a diferencia del Tribunal Constitucional de Chile, el Tribunal de Austria consideró la vulneración de los derechos consagrados en su Constitución como motivo suficiente para eliminar una legislación discriminatoria respecto de la orientación sexual de las personas. Protegiendo la indemnidad sexual de los menores de edad bajo el supuesto de otros delitos en los que no mediara su consentimiento. Ya que, de manera consecuente, fija la minoridad penal en los 14 años, al igual que el comienzo de la responsabilidad penal. Lo que no ha sido considerado en Chile, puesto que un menor de edad mayor de 14 años puede ser penalmente responsable, pero no tiene consentimiento suficiente para ejercer su libertad sexual si es hombre y homosexual.

7. Análisis desde una perspectiva no jurídica

La sodomía históricamente ha sido considerada como un delito asociado al pecado, razón por la cual ha sido penalizada por el Estado y la iglesia. Su concepto ha estado relacionado con las conductas sexuales y sociales que contravienen el poder legitimado en una sociedad tradicional.

La religión cristiana ha definido las normas sexuales a partir de la noción "contra natura". Por lo que las actividades sexuales que no tienen por finalidad la reproducción de la especie humana (desde la masturbación hasta las relaciones homosexuales) son consideradas contrarias a la naturaleza y, por tanto, un pecado. Esta legitimidad religiosa incluso ha influido en la positivación del derecho en nuestro país, lo que se ve reflejado en la tipificación de delitos como el de sodomía[41].

Por su parte, desde sus inicios, la medicina ha caracterizado los "atentados contra la moral" y ha realizado un estudio médico de quienes los cometen. Dejando de considerar "pecadores" a los individuos que transgredían las normas sociales, para comenzar a tratarlos como a gente

[41] FERNÁNDEZ, 2015, p.3.

enferma. Es por esto que la cultura hegemónica y heterosexual dominante del siglo XX incluyó a la homosexualidad dentro del catálogo de enfermedades mentales de la Organización Mundial de la Salud. Siendo eliminada de aquel por la Asociación Norteamericana de Psiquiatría recién en el año 1973, pese a no haber existido muertos producto de ella y a no haberse verificado sus efectos nocivos para la comunidad.

Lo anterior explica por qué la homofobia[42] (entendida como el rechazo a la homosexualidad) es aún parte de nuestra sociedad actual. Esta se ha acrecentado con el sistema patriarcal al que se sujetan la mayoría de nuestras normas sociales, el cual genera y fomenta conductas homofóbicas tanto dentro de la esfera privada de las personas, como de la esfera pública.

Desde un punto de vista sociológico, se ha distinguido entre homofobia personal, es decir, aquella que resulta de la creencia de que los homosexuales son merecedores de lástima e inclusive de odio, al ser considerados seres anormales, inferiores e inmorales. Y homofobia interpersonal, es decir, aquella que se traduce en actitudes discriminatorias contra las personas homosexuales (que pueden ir desde un chiste hasta formas extremas de violencia)[43]. Mercado Mondragón señala al respecto que:

> "Encontramos también la homofobia institucional, que parte de diversas instituciones, como son las educativas, religiosas, de investigación, empresariales y profesionales, que ejercen presión sobre la preferencia, la orientación y la identidad de los homosexuales. Y además está la homofobia cultural, que se define como "las normas sociales o códigos de conducta que, sin estar expresamente inscritos en una ley o un reglamento, funcionan en la sociedad para legitimar la opresión[44]."

Producto de la homofobia, la etapa de autodescubrimiento de los jóvenes homosexuales viene acompañada de sufrimiento, de angustia, de duda y/o de vergüenza, puesto que su deseo erótico no se enmarca en las representaciones dicotómicas que realiza la sociedad alrededor del género, la identidad y la orientación sexual.

---

[42] Basándome en el texto de Pérez Lledó, debo señalar que el concepto de homofobia no se puede circunscribir tan solo a una corriente de estudios críticos, ya que este ha sido desarrollado conjuntamente por la psicología, antropología y sociología.
[43] MERCADO, 2009, pp. 123-156.
[44] *Idem.*

Un factor influyente en esta desestabilidad emocional es que la mayoría de los grupos de apoyo juvenil (como la familia, el colegio, la universidad, los compañeros de trabajo o las iglesias) no aceptan y discriminan a la juventud homosexual. Convirtiendo, de este modo, a los jóvenes homosexuales en personas vulnerables ante la opinión pública de la sociedad y sus instituciones, puesto que deben cargar de manera solitaria con sus inquietudes psicológicas y sociales.

Es por esto, que, a diferencia de los jóvenes heterosexuales, que en su mayoría inician sus primeras relaciones afectivas con plena libertad y sin remordimientos. Los jóvenes homosexuales tienden a mantener sus primeras relaciones amorosas en secreto y bajo una sensación de delictividad, por miedo a ser juzgados o discriminados por su entorno social[45].

No obstante, la homosexualidad en nuestra sociedad actual ha sido inscrita en falsos términos genéricos, ocultando que en realidad este concepto hace referencia en su mayoría a una óptica masculina. En consecuencia, las redes sociales de lesbianas aparecen mucho menos estructuradas y organizadas que las redes sociales homosexuales masculinas, siendo escasamente visibilizadas en la esfera pública, por no decir invisibles[46].

Existe una sobrevaloración en la construcción social del concepto "masculinidad", el cual indica la pauta que debe seguir el comportamiento de un hombre heterosexual en la comunidad para demostrar su "hombría". Hoy en día, cualquier acción que no se ajuste a este marco moral es susceptible de ser criticada por individuos heterosexuales. Quienes producto de una ética heterosexista, creen tener la facultad para discriminar y marginar a los sujetos homosexuales por su identidad sexual.

Para acabar con la homofobia se necesitan medidas radicales que signifiquen un cambio en el paradigma cultural, que tan solo reconoce como aceptables a las normas sexuales y sociales heterosexistas. Puesto que el sujeto heterosexual es quien aún decide la actitud que se adopta frente a los hombres homosexuales, designando qué cosas dirían o harían estos últimos para ser considerados como tales, y quien se otorga la facultad de relativizar sus propuestas. Al respecto Cornejo señala:

[45] VÉLEZ-PELLIGRINI, 2008, p. 72.
[46] *Ibidem*, p. 74.

"De allí que nuestra propuesta apueste por la construcción de un nuevo régimen de verdad. Régimen donde no se separa a los seres humanos entre heterosexuales y homosexuales, siendo estos últimos catalogados, patologizados y consecuentemente estigmatizados en virtud de sus prácticas sexuales o manifestación de sus afectos, sino se reconozca en el homoerotismo una posibilidad válida y legítima de desarrollo y realización de la sexualidad humana."

La construcción de un nuevo paradigma nuestra sociedad, en el que se reconozca y se fomente la realización de la sexualidad humana sin distinción, será la base para influir en la despenalización de prácticas inofensivas, y basadas en un sesgo cultural y social, como lo es el delito de sodomía.

8. Conclusiones

Una vez examinado el contexto social, cultural y normativo en el que se redactó el artículo 365 del Código Penal en nuestro país, se puede señalar que son razones claramente ideológicas y religiosas las que lo han mantenido vigente. Pese a la inconstitucionalidad de este precepto legal en relación con los derechos de igualdad ante la ley y de autonomía privada, amparados por nuestra carta fundamental.

El estudio de la historia fidedigna de este precepto, nos permite entender como de ser la moral sexual el bien jurídico protegido tras la norma en un principio, sus sucesivas reformas lo transformaron en un delito de corrupción de menores que tiene por objeto la protección de la indemnidad sexual. Permitiéndonos comprender además las razones valorativas que tuvo el legislador para mantener vigente una disposición que en legislaciones comparadas como la de Estados Unidos, España y Austria no existe, por su evidente carácter discriminatorio e invasivo en la vida privada de los individuos.

En el último siglo, en Occidente se ha elaborado una normativa que tiende a fortalecer, en primer lugar, las relaciones matrimoniales, y el sexo coital. En segundo lugar, la definición de la noción de sexualidad en términos masculinos, y en tercer lugar, la persecución de las minorías sexuales. Lo que explica por qué el delito de sodomía solo ha protegido la indemnidad sexual masculina, no existiendo penalización para las mujeres homosexuales que mantienen relaciones sexuales con plena libertad.

La homosexualidad irrumpe como un desvío de la heteronormatividad dominante. Todo intento por estudiarla ha partido de la premisa incuestionable de que la heterosexualidad es el modelo normal e ideal, desde el cual se evalúa el grado de desvío de la identidad sexual de un individuo. Por lo que no resulta sorprendente que las investigaciones en vez de centrarse en los aspectos genéricos de la diversidad sexual al definir la homosexualidad, se enfoquen en demostrar que existe en ella anormalidad, mutaciones genéticas o problemas emocionales. Y que incluso esta mirada moralista haya influido en la positivización del derecho.

La homofobia se ha fundado en el terror y/o la ignorancia que suscita en la persona homofóbica, sin embargo, pese a este desconocimiento, se ha resistido a cualquier intento de

razonamiento o de explicación. Centrándose en su propia perspectiva de la realidad, con un claro carácter ideológico, que ha condenado y discriminado al sujeto homosexual.

No obstante, cabe destacar que la penalización del delito de sodomía en nuestro ordenamiento jurídico no se ajusta a los fines de un Estado de Derecho, ya que en este solo se pueden dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, y no de sentimientos o valores éticos o morales. Por lo que resulta importante que el Tribunal Constitucional exponga los fundamentos normativos que le permiten descartar la inconstitucionalidad de este precepto, con el objeto de revisar en sede parlamentaria esta disposición y derogarla por carecer de justificación la prohibición discriminatoria de una práctica sexual privada e inofensiva para la sociedad.

9. Bibliografía

Lecturas obligatorias:

COING, Helmut, 1982: "Historia del derecho y dogmática jurídica", *Revista Chilena de Derecho*, volumen IX.

LARIGUET, Guillermo, 2007: *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, México D.F.: Fontamara S.A.

PIZZORUSSO, Alessandro, 1987: *Curso de derecho comparado*, Barcelona: Editorial Ariel S.A.

PÉREZ LLEDÓ, Juan, 1996: "Teorías críticas del derecho", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (editores), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta.

Doctrina:

BASCUÑÁN, A., COUSO, J., COX, J., DE LA FUENTE, F., FERNÁNDEZ, J. A., GUZMÁN, J., HERNÁNDEZ, H., HORVITZ, M., MAÑALICH, J., MEDINA, G., CALDERÓN, G., RODRÍGUEZ, L., ROJAS, L., SOTO, M., 2011: "Informe en derecho: La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal", *Revista de Estudios de la Justicia*, n°14.

BUSTOS, Juan, 2004: *Obras Completas, Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Lima, Ara Editores.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, 2016: "La constitucionalidad del delito de sodomía chileno en el nuevo contexto de la ley antidiscriminación y el caso Atala", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n°20.

MATUS, Juan Pablo y RAMÍREZ, María Cecilia, 2004: *Lecciones de Derecho Penal Chileno-Parte Especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

RAMÍREZ, María Cecilia, 2007: "Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia", *Polít. Crim*., nº3.

ZAFFARONI, Eugenio, 1980: “Una experiencia notable: El nuevo derecho penal austriaco”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Tomo 33.

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 4 de enero de 2011, rol 1683-10.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 26 de agosto de 2016, rol 3205-16.

Estudios críticos:

FERNÁNDEZ, Leonardo, 2015: “Del delito-Pecado al delito-enfermedad. Construcción de la homosexualidad en Chile.”, *Liminales*, volumen I, n°7.

MERCADO, Jorge, 2009: “Intolerancia a la diversidad sexual y crímenes por homofobia. Un análisis sociológico.”, *Sociológica (México)*, volumen XXIV, n°69.

VÉLEZ-PELLIGRINI, Laurentino, 2008: *Minorías sexuales y sociología de la diferencia*, Madrid: Montesinos Editor.