



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL DELITO DE SODOMÍA COMO NORMA
TRANSGRESORA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA**

Análisis constitucional del artículo 365 del Código Penal

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

EVA SEPÚLVEDA HERRERA
SEBASTIÁN REBOLLEDO MUÑOZ

PROFESOR GUÍA: DAVID IBACETA MEDINA

SANTIAGO DE CHILE

2018

*A mi familia, protagonistas de este sueño alcanzado.
Por soñar junto a mí, por ser cómplices de mis anhelos.
Por su aliento constante, por su amor y apoyo incondicional.*

Eva.

A mi familia y amigos, en especial a mis padres, por el amor y apoyo permanente.

Sebastián.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I: JUSTICIA CONSTITUCIONAL, SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CHILE: LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

1. Aproximaciones conceptuales a la justicia constitucional	3
2. Origen y conceptualización del principio de supremacía constitucional	6
3. Resguardo de la supremacía constitucional: control constitucional y sistemas de justicia constitucional.....	11
A. Modelo de Control Norteamericano o Difuso (o Judicial Review).....	11
B. Modelo de Control Europeo o Concentrado.....	13
C. Justicia Constitucional Comparada.....	15
4. El sistema de justicia constitucional en Chile	17
A. Antecedentes históricos del Control de Constitucionalidad en Chile	17
a. Constitución de 1833.....	17
b. Constitución de 1925.....	19
c. Constitución de 1980.....	21
d. Reforma de 2005	24
B. El Tribunal Constitucional.....	25
a. Naturaleza jurídica	25
b. Regulación actual.....	26
C. Acción de inaplicabilidad: Concepto, Características y Efectos	27
a. Concepto.....	28
b. Características	29
c. Efectos.....	33

CAPÍTULO II: LA SODOMÍA, ASPECTOS TEÓRICOS Y LEGALES

1. Origen etimológico	35
2. Visión histórica de la sodomía	35
3. Sodomía: conceptos doctrinarios	37
4. Historia de su regulación en Chile	38
5. Explicación del tipo penal	41
A. Acción	41
B. Sujeto activo y pasivo	42
6. Proyecto de Ley	43
7. El delito de sodomía en el derecho comparado.....	44

CAPÍTULO III: RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 1683-2010

1. Análisis jurisprudencial: Causa Rol 1683-2010 del Tribunal Constitucional	46
A. Vulneración al derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación arbitraria	47
B. Vulneración del derecho a la libertad	50
C. Vulneración de la dignidad humana.....	51
D. Vulneración del derecho a la privacidad	52
2. Análisis constitucional del artículo 365 del código penal: el delito de sodomía como norma transgresora de la constitución	54
A. Como constitutivo de discriminación arbitraria	54
a. Discriminación arbitraria	55
b. Categorías sospechosas	56
c. Análisis de proporcionalidad.....	57
d. Como norma discriminatoria y vulneratoria del derecho a la igualdad	59
B. El artículo 365 del Código Penal como vulneratorio del derecho a la Libertad	67
a. Libertad sexual.....	67
b. Libre desarrollo de la personalidad.....	70

C. El artículo 365 del Código Penal implica vulneración al derecho a la privacidad	73
NOTA DE LOS AUTORES	75
 CAPÍTULO IV: LEGITIMIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CRÍTICA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO	
1. Sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad.....	78
2. Argumentos a favor de la legitimidad del control judicial.....	79
A. Argumento Teórico-Histórico	79
B. El control judicial de constitucionalidad como protector de derechos fundamentales	83
C. Argumentos Políticos	85
a. La teoría del poder neutro y del órgano contralor como árbitro del proceso democrático	85
b. Teoría de la Negación.....	87
c. Crisis de los órganos políticos.....	89
3. Argumento en contra de la legitimidad del control judicial: la objeción contramayoritaria.....	91
4. Críticas al Tribunal Constitucional chileno	94
A. Integración del TC e <i>Insularidad Política</i>	95
B. Crítica a la Argumentación Jurídica efectuada por el TC	98
C. Ámbito de competencias	100
D. El Tribunal Constitucional y su rol ante los cambios sociales	102
 CONSIDERACIONES FINALES.....	107
 BIBLIOGRAFÍA.....	110

RESUMEN

La presente memoria corresponde a un análisis constitucional del artículo 365 del Código Penal, que tiene como fundamento el fallo Rol 1683-2010 pronunciado por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, se plantea dicha norma como una disposición transgresora de la Constitución, por lo que para enmarcar el análisis propuesto y a fin de abordar con mayor claridad el tema, se expone primeramente un marco conceptual en torno a la justicia constitucional y la sodomía, que permitirá finalmente poder elaborar una crítica al Tribunal Constitucional y repasar los argumentos en torno a la legitimidad del control constitucional.

INTRODUCCIÓN

El objetivo primordial de la presente investigación es efectuar un análisis constitucional del artículo 365 del Código Penal que tipifica el delito de sodomía, con la finalidad de poder establecer que la vigencia de dicha norma en el ordenamiento jurídico chileno implica una transgresión a la Constitución Política de la República. El principal insumo para la elaboración de dicho análisis será el fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional (Rol N° 1683-2010), que surge de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. El problema que aquí se plantea es la existencia de una norma de categoría inferior a la Constitución (el artículo 365 del Código Penal), que acorde a los requirentes estaría en evidente conflicto con una o varias disposiciones de la Carta Fundamental, por lo que en dicho caso particular no debiese aplicar, y de ser así, implicaría que eventualmente esa norma debiese ser derogada. Se habla entonces de un conflicto constitucional que debe ser dirimido por el organismo que el propio ordenamiento ha designado para cumplir con dicha labor, por lo que el asunto es a todas luces un caso de justicia constitucional, y en particular, la manifestación de como nuestro sistema jurídico realiza el control constitucional de sus normas.

Si bien la idea de control constitucional surge en Estados Unidos en el siglo XIX, no fue sino hasta el siglo subsiguiente en el que se plantea la creación de un organismo de talante especializado en llevar a cabo la trascendental labor de tutelar la supremacía de la Carta Fundamental: el Tribunal Constitucional. Dicha idea, pieza clave del constitucionalismo moderno e ideada por Hans Kelsen en la década de 1920, se propagó con fuerza, en especial durante la segunda mitad del siglo XX, por lo que diversos países crearon organismos especializados que velaran por la correcta adecuación de las normas a la Constitución. Nuestro país no fue la excepción, por lo que en 1970 se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la creación de un Tribunal Constitucional, que si bien vería interrumpidas sus funciones con motivo del Golpe de Estado de 1973 y el término del estado de derecho que imperaba en Chile hasta ese momento, fue reinstaurado en plena dictadura el año 1980 funcionando hasta la actualidad, pero que al ser objeto de múltiples reformas a lo largo del tiempo, ha visto modificada su composición, estructura, funcionamiento y competencias.

El análisis aquí propuesto requiere ser contextualizado adecuadamente, razón por la cual en los dos primeros capítulos se expondrá un marco teórico conceptual en torno a los dos tópicos principales sobre los cuales está articulado este trabajo: justicia constitucional y sodomía. Así, nuestra investigación se abocará en el Capítulo I a clarificar conceptualmente la idea de justicia constitucional, revisando diversas acepciones de dicha expresión para lograr identificar aquella que mejor se adecue a las necesidades y objetivos de este trabajo. En seguida, se hará una referencia pormenorizada al principio de supremacía constitucional, concepto primordial e ineludible si se habla de justicia constitucional. En este primer capítulo, también abordaremos de forma sucinta los sistemas de justicia constitucional así como la situación en derecho comparado, para finalmente dedicarnos a revisar con mayor profundidad el sistema de justicia constitucional en Chile, revisando sus antecedentes históricos, la naturaleza jurídica y regulación actual del Tribunal Constitucional y, de forma especial, la acción de inaplicabilidad.

A continuación, el Capítulo II lo dedicaremos a elaborar un marco conceptual en torno a la sodomía, para lo cual revisaremos su origen etimológico, su evolución histórica y sus aproximaciones conceptuales. También dedicaremos parte de este capítulo a revisar la historia de su regulación en nuestro país, la explicación del tipo penal y por último, haremos una mención al proyecto de ley que se tramita en el parlamento y que tiene por objeto la derogación de la norma contenida en el artículo 365 del Código Penal.

El Capítulo III estará dedicado a realizar el análisis constitucional del fallo pronunciado por el TC, para lo cual se expondrá, en primer lugar, el razonamiento efectuado por el Tribunal, con un carácter meramente expositivo del fallo y, en segundo lugar, se realizará el análisis constitucional propiamente tal.

Por último, el capítulo IV estará dedicado íntegramente a revisar la legitimidad del control constitucional ejercido por el TC, para lo cual expondremos los distintos argumentos que ha elaborado la doctrina a favor y en contra de dicho control. Aquello, servirá de base para elaborar una profunda crítica al organismo encargado de llevar a cabo este control de constitucionalidad en nuestro país.

CAPÍTULO I: JUSTICIA CONSTITUCIONAL, SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CHILE: LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

1. Aproximaciones conceptuales a la justicia constitucional

Para poder realizar debidamente el análisis sobre el tema del presente trabajo de tesis, referido a la inconstitucionalidad del delito de sodomía, nos parece sumamente pertinente puntualizar algunas ideas propias del marco teórico conceptual, con el objeto de encausar correctamente el asunto que nos ocupa, ya que para llevar a cabo dicho análisis el insumo principal será el fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional que resuelve una acción de inaplicabilidad sobre el tipo penal en cuestión (Rol 1683-10). El hecho de que en nuestro país exista un órgano (en nuestro caso, el Tribunal Constitucional) encargado de garantizar la correcta adecuación de todas las normas jurídicas producidas en nuestro ordenamiento a la Constitución Política, no es otra cosa que el ejercicio de una actividad que se remonta a los orígenes del constitucionalismo moderno y que dice relación con la protección y defensa del principio de supremacía constitucional. Esta práctica se ha conceptualizado principalmente, en torno a la expresión de Justicia Constitucional. Sin embargo, y tal como lo han hecho notar diversos autores, existe una multiplicidad de expresiones que se utilizan indistintamente, tales como por ejemplo «Judicatura Constitucional», «Jurisdicción Constitucional» o «Procedimiento Constitucional». A mayor abundamiento, no son pocos los autores que evitan entregar una definición acotada al concepto, principalmente debido a la polisemia de la expresión en comento. Es por lo anterior que resulta importante, y con la finalidad de tener claridad conceptual al respecto, atribuirle un contenido definido, o al menos intentar esbozar uno, para cada una de las anteriores expresiones, con el objetivo de poder utilizarlas en un sentido que se ajuste a las necesidades y requerimientos del presente trabajo de investigación.

Como lo señala el profesor Lautaro Ríos:

«Por “justicia constitucional” se entiende, a veces, a la magistratura que la administra, identificándola a menudo con el Tribunal Constitucional (TC); otras veces la referencia aparece dirigida al conjunto de procedimientos que la

hacen posible; o, en fin, a la finalidad que se persigue de hacer justicia a la Constitución»¹.

De lo anterior, podemos desprender tres acepciones principales asociadas al concepto de justicia constitucional.

En primer lugar, una relacionada exclusivamente con el órgano o los órganos encargados de llevar a cabo la protección y defensa de la Carta Fundamental, órganos que estarían habilitados por la propia Constitución para llevar a cabo su labor. Se trata de un concepto bastante acotado que, si bien es una de las materias que forma parte de la Justicia Constitucional, no constituye de modo alguno su total campo de aplicación. Corresponde a esta primera acepción, una expresión más adecuada que identificaremos como Judicatura Constitucional, y que podemos conceptualizar como el conjunto de órganos jurisdiccionales a los que la Constitución habilita para ejercer -ya sea en forma exclusiva o compartida- la jurisdicción constitucional². Pero ¿qué debemos entender entonces por jurisdicción constitucional? Una definición que podemos mencionar es la siguiente

«se trata del ejercicio de una de las funciones en torno a la cual se ejerce el poder del estado, específicamente al ejercicio de una función jurisdiccional, con un apellido, constitucional. Jurisdiccional pues tiene como objetivo y razón de ser resolver mediante un proceso, con efectos permanentes y a través de órganos independientes de los otros poderes públicos, los conflictos de intereses de relevancia jurídica, y constitucional, pues dichos conflictos son de naturaleza constitucional, producidos por la aplicación e interpretación de la norma constitucional, en particular, con la aplicación del principio de supremacía de la constitución, los cuales podemos llamar por ahora simplemente como conflictos constitucionales o del poder»³

La segunda acepción que nos entrega el profesor Lautaro Ríos sobre la expresión que analizamos, es aquella que dice relación con el conjunto de procedimientos que hacen posible la justicia constitucional. Para esta acepción surgen dos expresiones afines que

¹ RÍOS, Lautaro. 2015. La Jurisdicción Constitucional en Chile. *Revista Hemiciclo* (13):p. 42.

² RÍOS, Lautaro. 2016. Elementos fundamentales de la justicia constitucional. [en línea] Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Vol. 5, p. 330. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50361> [consulta: 28 agosto 2018]

³ GALLEGOS, A. y MENESES, C. 2003. Justicia Constitucional. De la defensa formal de la Constitución a la defensa de los Derechos Humanos Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 38.

resulta conveniente precisar. La primera es la de proceso constitucional, y que se debe entender como aquel proceso que tiene por objeto la materia constitucional, garantizando la vigencia de las normas constitucionales en forma directa. Una particularidad del proceso constitucional es que no se efectúa entre partes, en el sentido procesal clásico, en especial cuando se trata de un control abstracto de normas. En segundo lugar, aparece el término procedimiento constitucional, que hace referencia a sistemas lineales de actuaciones preordenadas que utiliza la judicatura constitucional para dar curso y solución a las distintas acciones que ante ella se promueven en defensa de la supremacía constitucional⁴. Resulta entonces, que entre los términos proceso y procedimiento constitucional y justicia constitucional, existe una relación de partes con el todo, lo que significa que ambos conceptos corresponden a materias propias de la justicia constitucional, pero no corresponden a la totalidad de materias que ésta aborda.

Por último, la acepción final que reconoce Ríos respecto del término justicia constitucional, es aquella de carácter teleológico, que dice relación con la finalidad de hacer justicia a la Constitución. Para nosotros, resulta evidente que esta última acepción tiene una naturaleza más descriptiva que conceptual, y que si bien refleja en parte el objetivo que pretende cumplir, no es suficiente y deja fuera muchos de los elementos que componen la justicia constitucional.

De lo anteriormente expuesto, resulta evidente que no es fácil elaborar un concepto preciso sobre la expresión justicia constitucional. Sin embargo, sí se pueden determinar elementos básicos que la componen, como también su objeto de estudio. Siendo así las cosas, y tratando de esbozar un concepto sobre la materia, podemos señalar que la justicia constitucional corresponde a aquella rama del derecho que comprende todos aquellos mecanismos diseñados por el propio ordenamiento jurídico con el objeto de tutelar de la forma más eficaz posible la predominancia de la constitución por sobre cualquier otra disposición jurídica. El profesor Ríos, y en esto concordamos con él, reconoce que el cimiento irremplazable de la Justicia Constitucional es la Supremacía Constitucional, por lo que es relevante hacer revisión a dicho principio en los siguientes párrafos.

⁴ RÍOS. Ob. cit. p.330.

2. Origen y conceptualización del principio de supremacía constitucional

La supremacía constitucional tiene su origen en el *commonlaw* y resulta especialmente relevante en su génesis, el caso Bonham de 1610⁵, acaecido en Inglaterra, que determinó que las leyes contrarias al derecho común debían ser anuladas y que asoma como el primer germen del *judicial review* (modelo de control constitucional que revisaremos más adelante). Pero aún más relevante para esta materia, resulta la sentencia de Marbury versus Marshall, que data del año 1803, dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos y que constituye para la doctrina, de forma mayoritaria, el precedente más definitivo en el establecimiento del principio de supremacía constitucional.

En el año 1800 se llevaron a cabo elecciones presidenciales en los Estados Unidos, teniendo como resultado el triunfo de Thomas Jefferson (demócrata republicano) por sobre el presidente en ejercicio y miembro del partido federalista, John Adams. Unas semanas previas al cambio de mando, el presidente saliente Adams, se dedicó a nombrar a varios de sus colaboradores en diversos cargos en la Administración y el Poder Judicial. Sin embargo, muchos de dichos nombramientos no alcanzaron a formalizarse del todo, por lo cual, una vez asumido el nuevo presidente, fueron dejados sin efecto por este último. Tal fue el caso de William Marbury, quien fuera nombrado Juez de Paz por el Presidente Adams, pero que no alcanzó a recibir formalmente el documento, debido a que el encargado de ejecutar dicha labor, el recién nombrado Presidente de la Corte Suprema, John Marshall, no contó con el tiempo suficiente para hacerlo. Ante tal situación, Marbury presentó un recurso de *Mandamus [writ of Mandamus]* ante la Corte Suprema, con el objeto de que se pronunciara y

⁵ Thomas Bonham, médico, fue citado al Colegio Real de Médicos por su presidente y los censores, quienes, después de interrogarlo, consideraron que era una persona incompetente para ejercer la profesión. Como consecuencia de aquella conclusión, a Bonham se le impuso una multa, junto con la prohibición de ejercer la profesión, so pena de la pérdida de la libertad. Bonham no acogió la decisión del Colegio, lo que le ocasionó una nueva citación, la cual concluyó con la imposición de una multa más onerosa y se le expidió una orden de arresto. Al presentarse nuevamente rehusó someterse una vez más a los exámenes argumentando que sus estudios los había realizado en la Universidad de Cambridge, razón por la cual el Colegio no tenía ninguna autoridad sobre él por funcionar en Londres; no obstante, fue condenado a prisión. El Colegio fundamentó su defensa en el poder otorgado por el rey Enrique VIII, en el cual se le facultaba para sancionar a quienes no hubieran obtenido una autorización previa para ejercer en Londres, y en el poder general de que gozaba para reglamentar y sancionar con multa y cárcel a los médicos de Londres. Sir Edward Coke, en su decisión, con el concurso de los jueces Daniel y Warbuton, consideró que habían dos aspectos que debían considerarse en el presente caso: en primer lugar, que el colegio no tenía poder alguno sobre los practicantes no autorizados, lo que es muy diferente de ser incompetente, y que el Colegio, fuera de establecer multas, recibía la mitad de éstas actuando como juez y parte; y en segundo lugar, que si bien el Colegio tenía poder, éstos no habían sido utilizados debidamente. (VELÁSQUEZ, A. 1999. El caso Bonham. Revista de Derecho Universidad del Norte)

ordenara al nuevo Ministro de Justicia, James Madison, que despachara su nombramiento. Resulta conveniente recurrir al trabajo del profesor Horacio Andaluz, para ilustrar de mejor manera a lo que se vio enfrentada la Corte con este caso:

«La Corte se planteó tres asuntos: i) ¿Tenía Marbury derecho a recibir el nombramiento que demandaba?; ii) si así fuera, ¿lo amparaban las leyes por la violación a su derecho a recibir el nombramiento? y iii) si las leyes lo amparaban, ¿era la tutela solicitada una que correspondía otorgar a la Corte?»⁶

El profesor Andaluz, frente a la primera pregunta, señala que la Corte respondió afirmativamente, ya que debido a la naturaleza del cargo al cual había sido designado Marbury, no era posible que el presidente ejerciera su discrecionalidad para removerlo de dicho nombramiento, por lo que una vez firmadas esas designaciones por parte del presidente, éstas se encontraban perfeccionadas. Con respecto a la segunda interrogante, también existió una respuesta afirmativa por parte de la Corte Suprema, básicamente porque, tal como se señalase en el punto anterior, una vez perfeccionado el nombramiento de Marbury como juez de paz, éste no quedaba sujeto a la discrecionalidad presidencial, por lo cual, en este tipo de nombramientos, «el presidente estaba obligado a cumplir ciertos actos que involucraban derechos individuales, y, puesto que él era un “oficial de la ley”, las personas lesionadas por sus actos podían buscar la tutela de las leyes»⁷. Por lo último, la Corte divide esta pregunta en dos materias: en primer lugar, se refiere a la naturaleza de medida solicitada; y, en segundo lugar, y en lo que se considera una particularidad de este fallo, deja para el final su pronunciamiento respecto a la competencia de la Corte. En esta parte del fallo, la Corte se inclina por rechazar la tutela solicitada por Marbury, argumentando que la acción se ha deducido en virtud de una ley contraria a la Constitución⁸, por cuanto la competencia para conocer del *Mandamus*, solo le estaba conferida para la apelación y no en primera instancia, como ocurrió en el caso en comento, por lo que de haberse resuelto que la Corte era competente, se habría vulnerado la Constitución. En palabras del Profesor Andaluz, «el razonamiento en “Marbury v. Madison” describió al Derecho como un sistema estructurado jerárquicamente, adelantándose mucho a la elaboración doctrinal al respecto,

⁶ ANDALUZ, Horacio. 2008. El Control de la Constitucionalidad desde la Teoría del Derecho. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (31): 408.

⁷ Ibid., p. 409.

⁸ ZEGERS, M. y MACKENEY, T. 2010. El Tribunal Constitucional, el Control de Constitucionalidad y la Declaración de Inaplicabilidad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 16.

que llegaría recién en 1931 con la publicación de los Prolegómenos de una teoría de la construcción escalonada del Derecho de Merkl»⁹. Lo anterior queda de manifiesto en el siguiente extracto de la sentencia pronunciada por el Juez Marshall:

«Si un acto del Congreso contrario a la Constitución es nulo ¿Obliga, sin embargo, y pese a su invalidez, a las Cortes, forzándoles a reconocerle efecto? O, en otras palabras, aun cuando no es ley ¿Constituye una regla tan efectiva como si lo fuera? De aceptarse esto, se estaría desechando en la práctica lo que se estableció en la teoría, y parecería, a primera vista, un absurdo demasiado evidente como para insistir en él. (...) El deber y la competencia del órgano judicial consisten enfáticamente en decir lo que la ley es. (...) Si dos leyes están en conflicto entre sí, las Cortes deben decidir la eficacia relativa de cada una. Por tanto, si una ley se opone a la Constitución, y ambas, ley y constitución, son aplicables a un caso particular; entonces, la Corte debe o bien decidir dicho caso en conformidad a la ley, descartando la Constitución; o bien de acuerdo con la Constitución, desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las reglas del conflicto resuelve el caso. Esta determinación es de la esencia misma de la tarea judicial. Si, por tanto, las Cortes han de considerar la Constitución, y la Constitución es superior a todo acto ordinario del legislador; la Constitución, y no tal acto ordinario, debe resolver el caso al que ambos se aplican»¹⁰

Uno de los aspectos relevantes a destacar de esta parte de la sentencia, es que la Corte Suprema norteamericana, con este razonamiento, termina atribuyéndose la competencia para resolver aquellos casos en que se presenta una antinomia que enfrenta una norma jurídica con otra contenida en la Constitución, determinando, además, que debe declararse la inaplicabilidad de aquellas disposiciones que contravengan la Carta Fundamental. En definitiva, la dictación de este fallo por parte del Juez Marshall, significó no solo la instauración del principio de supremacía constitucional, con el relativo aporte que aquello significó para el constitucionalismo moderno, sino que además la configuración de un modelo de control constitucional, como revisaremos más adelante.

⁹ ANDALUZ. Op. cit. p. 412.

¹⁰ Traducción de la mencionada sentencia en ZAPATA LARRAÍN, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. op.cit. p.16

Conviene ahora, revisar algunas aproximaciones conceptuales que la doctrina ha elaborado con relación al principio de supremacía constitucional. Cabe señalar que como lo apuntan muchos autores, si bien ha sido posible consensuar una idea base respecto a este principio, existe mucha discusión respecto a la naturaleza y demás implicancias prácticas de la supremacía constitucional, principalmente en lo que respecta a quién está llamado por el ordenamiento a ser el garante de ella. Así las cosas, el profesor Humberto Nogueira Alcalá teoriza al respecto de este principio, haciendo referencia a la jerarquía de las normas jurídicas, señalando que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la CPR, establecida como una decisión política del poder constituyente y solo modificable por éste. Agrega que la supremacía es una calidad política de toda Carta Magna, definiendo a ésta última como el conjunto de reglas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política¹¹. La aproximación que realiza es, por tanto, centrada en el propósito fundamental que cumple una constitución, cual es asegurar y garantizar los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política, y en ese sentido, lo que hace es resaltar el aspecto político que tiene el principio de supremacía constitucional.

Otra aproximación conceptual, nos la entrega el profesor Ricardo Haro, quien señala que la supremacía constitucional es un principio axial que anima a los Estados Constitucionales de Derecho¹² con rigidez constitucional, por el cual la normativa infraconstitucional debe necesariamente conjugarse -tanto en sus contenidos sustanciales como en los procedimientos de elaboración- a las normas constitucionales, como una expresión de la diferencia existente entre el objetivo y ámbito del poder constituyente y de los poderes constituidos¹³. Parafraseando a Haro, el principio de supremacía se alza como una de las garantías sustanciales del sistema constitucional, y para que se asegure su plena vigencia y respeto, evidentemente resultan indispensables otras garantías procesales que permitan configurar un control de constitucionalidad eficiente.

¹¹ NOGUEIRA, Humberto. 1993. La Justicia Constitucional como defensa de la Constitución. *Revista Chilena de Derecho*, (20): 418.

¹² Al hablar de Estado Constitucional de Derecho, entendemos que se trata de uno en el cual existen dos pilares fundamentales en su organización política: en primer lugar, el reconocimiento, amparo, protección y defensa de los derechos humanos; y, en segundo lugar, diversos elementos que lo configuran tales como soberanía, una distribución equilibrada de las funciones públicas, la idea o principio democrático, y finalmente el principio de juridicidad. (en REYES, Jorge. *Supremacía Constitucional y Sistema Nacional de Control*. *Revista Chilena de Derecho*. Universidad Católica de Chile. p. 449).

¹³ HARO, Ricardo. 2001. El Control de Constitucionalidad y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales. *Revista Derecho y Sociedad*, (16): 38.

El profesor Lautaro Ríos, también entrega una aproximación al concepto, a modo de identificar tres fundamentos de este principio: El primer fundamento consiste en que ninguna norma jurídica puede contradecir, ni privar de eficacia ni —mucho menos— prevalecer sobre la Constitución. Y que, por el contrario, todo el resto del ordenamiento y cada una de sus piezas debe elaborarse, entenderse y aplicarse en conformidad con ella. Un segundo fundamento es que ningún poder u órgano del Estado puede invadir ni trabar las competencias de los otros, por estar ellas atribuidas por la Constitución y por la sujeción necesaria de aquéllos a ésta. Y, para terminar, el profesor Ríos menciona un tercer postulado, el cual dice relación con que la Constitución no solo importa una determinada forma de estructurar políticamente la convivencia social de un país, sino que también es un sistema de valores, sustentados en un plexo de principios, que propician determinados objetivos y cuya concreción exige una cierta lealtad hacia ellos, tanto por parte de la autoridad como de los gobernados¹⁴. Coincidimos con el profesor Lautaro Ríos en estos tres fundamentos que sustentarían el principio de supremacía constitucional, ya que, a nuestro juicio, abarca todos los ámbitos de competencia de la justicia constitucional.

A modo de conclusión, podemos identificar en el principio de supremacía constitucional, en primer lugar, un aspecto político, que se manifiesta en la imperiosa necesidad que tiene toda sociedad políticamente organizada de establecer para sí misma reglas de convivencia que le den cierta estabilidad a dicho cuerpo social. Dichas reglas y principios están por definición contenidos en la Constitución, por lo cual, la supremacía de ésta por sobre cualquier otro tipo de producción normativa que genere el ordenamiento jurídico debe garantizarse. El principio de legalidad, entendiendo por éste la primacía de la constitución con relación a las leyes del parlamento (o cuerpo legislativo) y los otros actos del Estado, se convierte en el fundamento del principio de supremacía constitucional, y sirve a la vez de garantía para su propia tutela.

¹⁴ RÍOS. Ob. cit. p. 317.

3. Resguardo de la supremacía constitucional: control constitucional y sistemas de justicia constitucional

Como mencionamos anteriormente, la instauración del principio de supremacía constitucional contenida en la famosa sentencia de Marbury versus Madison significó un enorme aporte al constitucionalismo moderno y en palabras del profesor Lautaro Ríos, se convirtió en el cimiento irremplazable de la Justicia Constitucional. Sin embargo, el hecho de que se reconociera la superioridad jerárquica de las normas contenidas en la Carta Magna respecto del resto de normas del ordenamiento jurídico no fue suficiente, sino que, además, dicha sentencia determinó que los tribunales debían velar por el respeto de dicho principio, invalidando aquellas normas que transgredieran la Carta Fundamental. En definitiva, se reconoció como una labor propia de los tribunales, el control que permite resguardar la supremacía constitucional, y de paso, se instauró el primer sistema de justicia constitucional. Así la cosas, se puede señalar que «el control de la constitucionalidad —visto desde la dinámica jurídica— está enfocado hacia el ejercicio de los mecanismos jurídicos útiles para contener en los límites de la Constitución a toda la producción jurídica del Estado y, asimismo, para obligar a las autoridades a que sujeten su desempeño a lo prescrito por dicho ordenamiento superior.»¹⁵ En los siguientes párrafos, revisaremos los modelos de control constitucional o, también denominados, sistemas de justicia constitucional.

A. Modelo de Control Norteamericano o Difuso (o Judicial Review)

Este modelo de control constitucional surge, como ya hemos señalado, en 1803 con la dictación del fallo en el caso Marbury versus Madison, por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos. Una definición sobre este sistema de control constitucional la entrega Mauro Cappelletti, que indica que «El sistema norteamericano o difuso es aquel en el cual el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado.»¹⁶

De la breve definición anteriormente expuesta, podemos extraer dos de las características fundamentales de este tipo de control constitucional. En primer lugar, que se trata de un

¹⁵ URIBE, Enrique. 2004. Derechos humanos y justicia constitucional en México. [en línea] Espiral, Vol. 10, p. 57. <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13803002>> [consulta: 27 de agosto de 2018]

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. La Justicia Constitucional: Estudios de Derecho Comparado. Ciudad de México. Universidad Autónoma de México. p. 60.

control de carácter jurisdiccional y judicial, puesto que no hay un solo órgano encargado de tutelar el principio de supremacía constitucional, sino que son todos los tribunales ordinarios. En segundo lugar, cualquier juez ordinario está facultado para ejercer este control, y no existe, por tanto, un órgano único especializado, siendo esta la razón por la cual se denomina control difuso.

La regla básica de este modelo de control radica en que no existe un órgano especializado en cuestiones constitucionales, por lo que los conflictos de carácter constitucional pueden surgir eventualmente en cada caso particular, atendiendo a las circunstancias propias de cada uno, y en razón de la naturaleza de los derechos en cuestión o de los recursos o acciones que se hayan deducido, lo que nos permite concluir que en este tipo de sistema el control es de carácter concreto, vale decir, se aplica a un determinado caso en particular. Lo anterior no significa que no exista unidad en el sistema judicial, sino que precisamente «la unidad del sistema se encuentra en la teoría de que cualquier juez tiene el poder y el deber de aplicar las normas constitucionales por encima de cualquier otra regla y, por tanto, ha de considerarse nula y de ningún valor, cualquier norma jurídica contraria a la Constitución (...)»¹⁷.

El hecho de que se pueda presentar en cualquier asunto del cual se encuentre conociendo un tribunal ordinario algún conflicto de constitucionalidad, nos permite indicar otra característica de este modelo, cual es que tiene una naturaleza incidental.

Por último, podemos señalar que el control difuso presenta además, las siguientes características: es en primer lugar, un control de tipo posterior o represivo, debido a que se realiza una vez que la norma ya ha sido dictada y corresponde su interpretación o aplicación en algún caso determinado; en segundo lugar, el control constitucional difuso es de carácter facultativo o discrecional, lo que significa que, en países como Estados Unidos, la Corte Suprema tiene la facultad para elegir qué casos serán los que conocerá y cuáles no; por último, el sistema norteamericano de justicia constitucional se caracteriza porque sus sentencias producen efecto *Inter partes*, es decir, la declaración de inaplicabilidad solo se aplica al caso para el cual está conociendo el juez. Sin embargo, por causa del denominado *staredecisis*¹⁸, dichos argumentos que sirven de fundamento a un determinado fallo se

¹⁷ FERNÁNDEZ, Francisco. 2007. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional*, 12(12):p. 123.

¹⁸ La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes -o, simplemente, los "precedentes"-, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Sin embargo, la comprensión del sistema originado en Inglaterra

constituyen en precedentes obligatorios, por lo cual se afecta de esta manera al ordenamiento jurídico en su totalidad. Cabe mencionar, que pese a la posibilidad de que se produzca un fuerte contraste de tendencias por aquello, el sistema lo resuelve con la posibilidad de declarar errónea una interpretación precedente.

B. Modelo de Control Europeo o Concentrado

El modelo de control europeo o concentrado (que recibe además las denominaciones de control político, austríaco o kelseniano, esta última por el aporte de Kelsen en la elaboración de la teoría que lo fundamenta), consiste en palabras de Cappelletti, en aquel sistema de justicia constitucional en el cual el poder del control se entrega solamente a un órgano judicial¹⁹. Se denomina europeo, o austríaco, porque tiene precisamente su origen con la creación del Tribunal Constitucional de ese país, y porque además dicho modelo de control se expandió fuertemente en ese continente, especialmente durante el período de entre guerras. Otra definición sobre el sistema concentrado de control constitucional, la entrega el profesor Lautaro Ríos, quien señala que «se califica como control concentrado de constitucionalidad de la ley a aquél que se reserva a un solo órgano –sea éste el Tribunal Supremo de Justicia, sea una Sala Constitucional del mismo, sea un Tribunal Constitucional autónomo– con exclusión de los demás tribunales»²⁰

Un primer aspecto que debemos destacar es el relativo a quién ejercer el control, caracterizándose este sistema por facultar a un solo organismo para realizar dicha labor, y que tal como lo apuntaba el profesor Ríos, puede recaer en el Tribunal Supremo, en una sala constitucional del mismo, o en el órgano que ha significado un símbolo para este modelo, un Tribunal Constitucional, con autonomía e independencia del poder judicial.

En lo que respecta a la naturaleza de la función que ejercen los Tribunales Constitucionales, podemos señalar que es un tema de amplio debate entre los estudiosos de esta materia, ya que si bien algunos autores se inclinan por la idea de que se trataría de un organismo fuera del poder judicial, por tanto, de un carácter más político, hay otros autores que señalan, que

requiere entender que un solo precedente constituye derecho y genera obligación. En LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. 2006. Naturaleza y Dimensiones del “*Stare Decisis*”. *Revista Chilena de Derecho*. 33 (1). p. 109.

¹⁹ CAPPELLETTI. Ob. cit. p. 60.

²⁰ RÍOS, Lautaro. 2002. El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 13, p. 39.

aun tratándose de órganos con autonomía del poder judicial, de igual manera ejercen jurisdicción, por lo que sí serían un órgano judicial, y no político. Es más, hay autores, como Karl Loewenstein, que sostienen que «el control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten, por propio derecho, en un detentador de poder semejante, cuando no superior a los otros detentadores del poder instituidos»²¹. Conviene a este respecto mencionar a Hans Kelsen, quien señala que si bien tanto los tribunales ordinarios como los constitucionales producen y aplican derecho, existiría una diferencia entre ellos, a saber que los tribunales ordinarios solo producen actos individuales, mientras que los tribunales constitucionales cuando aplican la Constitución a un acto de producción legislativa y proceden a la anulación de la norma inconstitucional, no están produciendo, sino que anulan una norma general, por lo que el rol que están cumpliendo es el de un legislador negativo²². Sin embargo, más allá de las discusiones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de este órgano, lo importante es que en estos sistemas se consagra un juez constitucional especializado, que puede ser un Tribunal Constitucional, independiente del poder judicial, o que puede estar representado en la Corte Suprema, a la cual se la inviste de esta facultad especial para conocer de los conflictos constitucionales, ejercer el poder de controlar la correcta adecuación de la producción normativa a la Carta Fundamental y eventualmente declarar la inconstitucionalidad en que incurra cualquier precepto legal.

El hecho de que se trate de un órgano especializado implica en la práctica que el propio ordenamiento determina acciones y procedimientos especiales, dirigidos únicamente a resolver cualquier conflicto constitucional que se presente, con la salvedad de que aquellas materias objeto de control se encuentran también debidamente estipuladas, existiendo de esta manera un catálogo taxativo de disposiciones que pueden ser objeto de control²³. Lo anterior, le atribuye a este modelo de control una naturaleza autónoma, a diferencia del control en el modelo difuso, en el cual era de carácter incidental, ya que se necesitaba que existiera algún asunto que estuviera siendo sometido a conocimiento de los tribunales para su solución.

²¹ HARO. Ob. cit. p. 41.

²² CAZOR, Kamel. 2001. La jurisdicción constitucional en Chile.[en línea]. *Revista de derecho (Valdivia)*. Vol.12, no.1. p. 94.<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100006&lng=es&nrm=iso>[consulta: 28 agosto 2018]

²³ GALLEGO y MENESES. Ob. cit. p. 241.

Además, es un sistema que tiene un control abstracto, en el cual se enfrenta directamente la ley con la constitución, sin necesidad de que exista de por medio algún caso particular del cual esté conociendo el juez constitucional. Esta última característica representa para de la doctrina un problema, en cuanto a la legitimidad activa que se requiere para poder accionar en ese sentido, ya que por regla general quienes pueden recurrir ante el juez constitucional en este sistema son los parlamentarios o el poder ejecutivo. Afortunadamente dicha legitimidad activa que en un principio se encontraba bastante restringida, se ha ido ampliando y ha permitido que, por ejemplo, organizaciones sociales puedan también accionar cuando necesiten que algún conflicto constitucional sea resuelto por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

En lo que dice relación con el carácter preventivo o represivo del control, se puede señalar que es un sistema que contempla ambos tipos de controles, esto quiere decir, uno preventivo, que se efectúa con anterioridad a la promulgación de la ley, y uno posterior, que puede ocurrir cuando la ley ya se encuentra plenamente vigente.

Por último, el sistema concentrado de control se caracteriza porque sus pronunciamientos, a diferencia del sistema difuso, tiene un efecto general e inmediato, pudiendo declararse la inconstitucionalidad de cualquier precepto que transgreda el texto constitucional.

C. Justicia Constitucional Comparada

PAÍS	ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL	INTEGRACIÓN	DURACIÓN EN EL CARGO
Argentina	Corte Suprema Y Tribunales Inferiores	Corte Suprema: 5 Jueces, Nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado por 2/3 de sus miembros Tribunales Inferiores: Concursos públicos	Jueces de Corte Suprema y tribunales inferiores: Indefinida (mientras dure su buena conducta)
Bolivia	Tribunal Constitucional Plurinacional	7 jueces nombrados por el Congreso Boliviano	6 años sin posibilidad de reelección
Brasil	Supremo Tribunal Federal	11 jueces nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado	Indefinido
Chile	Tribunal Constitucional	10 jueces nombrados por	9 años

		el Presidente de la República (3), el Congreso (2 por el Senado y 2 por la Cámara) y la Corte Suprema (3)	
Colombia	Corte Constitucional de Colombia	9 jueces nombrados por el Senado de las ternas propuestas por el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado	8 años sin posibilidad de reelección
Ecuador	Corte Constitucional del Ecuador	9 jueces nombrados por una Comisión Calificadora compuesta por 1 integrante del Legislativo, Ejecutivo y Transparencia y Control Social.	9 años sin posibilidad de reelección
Paraguay	Corte Suprema de Justicia de Paraguay	9 jueces	Hasta los 75 años
Perú	Tribunal Constitucional de Perú	7 jueces nombrados por el Congreso de Perú	5 años
Uruguay	Suprema Corte de Justicia de Uruguay	5 jueces nombrados por la Asamblea General (Poder Legislativo)	10 años
Venezuela	Tribunal Supremo de Venezuela	32 jueces	12 años
Alemania	Tribunal Constitucional de Alemania	16 jueces nombrados por el Congreso de Alemania	12 años
Austria	Tribunal Constitucional de Austria	14 jueces; 8 nombrados por el Ejecutivo, 3 por la Cámara y 3 por el Senado	Hasta los 70 años de edad
España	Tribunal Constitucional de España	12 jueces nombrados por el Rey: 4 a propuesta del Senado, 4 a propuesta de la Cámara, 2 a propuesta del Gobierno y 2 a propuesta del Consejo General del Poder Judicial	9 años
Francia	Consejo Constitucional de la República Francesa	9 miembros nombrados por el Presidente de la República, la Asamblea General y el Senado	3 años

4. El sistema de justicia constitucional en Chile

Luego de analizar someramente los dos modelos paradigmáticos de control constitucional, corresponde ahora referirnos al sistema de justicia constitucional que se ha instaurado en nuestro país.

Como primera aproximación, debemos señalar de inmediato que no se trata de un sistema que coincida íntegramente con alguno de los dos previamente estudiados, sino que es un sistema que la doctrina ha definido como mixto o múltiple, situación que no solo encontramos en Chile, sino que también en varios países de Latinoamérica, tales como Brasil, México, El Salvador (países cuyo órgano constitucional se encuentra asentado en la Corte Suprema) y otros como Colombia y Bolivia (que cuentan con un Tribunal Constitucional perteneciente al Poder Judicial) o Perú (que al igual que nuestro país cuenta con un Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial).

Que sea múltiple o mixto implica que hay elementos de control difuso y concentrado, político y judicial, de carácter preventivo y/o represivo, y más aún, que no solo sea un órgano especializado como el Tribunal Constitucional el facultado para ejercer dicho control, sino que además se faculte a órganos administrativos (como la Contraloría General de la República en la toma de razón) y/o judiciales (Cortes de Apelaciones en el conocimiento de la acción de protección o de amparo) para que también, dentro de las competencias que el propio ordenamiento les atribuya, puedan efectuar dicho control de constitucionalidad y en definitiva, velar por el debido resguardo del principio de supremacía constitucional

A continuación, efectuaremos una breve aproximación histórica al control de constitucionalidad en Chile hasta llegar a la actual configuración de nuestro sistema de justicia constitucional.

A. Antecedentes históricos del Control de Constitucionalidad en Chile

a. Constitución de 1833

La Carta Fundamental del año 1833, en sus artículos 57 y 58 establece un control político de constitucionalidad, al entregar al Congreso, representado por la Comisión Conservadora, la misión de «velar sobre la observancia de la Constitución i de las leyes y dirigir al Presidente de la República las representaciones que estime convenientes al efecto» (nº1, artículo 58,

CPR de Chile, 1833). Una muestra más de este control político ejercido por el Congreso, la encontramos en el artículo 164, que señala lo siguiente «Art. 164. Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos». En ese sentido, ningún Tribunal de la República podía ejercer un control de constitucionalidad sobre alguna norma en particular, ni declarar su inaplicabilidad, ni mucho menos declararla inconstitucional.

A mayor abundamiento, se puede citar el siguiente fallo de la Corte Suprema, que data de junio de 1848:

«...el Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaría a anular sus resoluciones, no existente en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones»²⁴.

Sin embargo, una circular de la Corte Suprema dirigida a las Cortes de Apelaciones, de fecha 2 de enero de 1867, indicaba lo siguiente:

«Las autoridades encargadas de aplicar las leyes en un caso determinado deben, no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan a la Constitución si estuviera en clara y abierta pugna con ella, de la misma manera que a estas autoridades compete, no siendo claro su sentido, determinar su verdadero espíritu, fijar su legítima inteligencia, esto es, interpretarla para los efectos del juicio especial que van a pronunciar»²⁵.

De lo anteriormente expuesto, se puede señalar que la Corte Suprema, sin mencionarlo expresamente, y sin que existiera además una mención explícita en la Constitución, estaba reconociendo el principio de supremacía constitucional, ya que frente a un posible conflicto entre una norma de carácter constitucional y otra de menor jerarquía, el consejo de la Corte

²⁴ RÍOS, Lautaro. El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 23: 43, 2002.

²⁵ *Ibid.* p. 44.

Suprema a las autoridades era precisamente dar preferencia a la primera, en desmedro de la norma inferior.

A pesar de lo señalado por la citada circular de la Corte Suprema, el hecho de que el control constitucional estuviera consagrado expresamente solo para ser ejercido por la Comisión Conservadora, que en representación del Congreso se encontraba mandatada por la Constitución para velar por la supremacía constitucional y el adecuado ajuste de las normas a la Carta Fundamental, significó que en la práctica dicho control no fuera eficaz, teniendo como resultado que se dictaran numerosas normas que atentaban contra los preceptos constitucionales²⁶. En conclusión, la Constitución de 1833 establecía expresamente un control político de constitucionalidad, privativo del Congreso, no reconociéndose en su texto facultad alguna para que pudiera ser efectuado por los Tribunales de Justicia.

b. Constitución de 1925

En el proceso de discusión de la Constitución de 1925, específicamente en el trabajo pre legislativo de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, algunos parlamentarios de la época, como por ejemplo Luis Barros Borgoño²⁷, manifestaron su opinión en el sentido de lo conveniente que sería instaurar un control de constitucionalidad que fuera ejercido exclusivamente por un poder o autoridad, distinto del Congreso, recomendando a su vez que podía ser la Corte Suprema u otro Tribunal, el encargado de cumplir con el control en cuestión. Sin embargo, dichas recomendaciones generaron cierto escepticismo, especialmente en el Presidente de la República, Arturo Alessandri Palma, quien no consideraba apropiado atribuir tales competencias como las que se estaban planteando, por cuanto según él, podía terminar convirtiéndose, en la práctica, en un nuevo poder legislativo. Otro de los aspectos que generó gran debate al respecto, como consta en las actas oficiales de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, giró en torno a cuándo la Corte Suprema podría eventualmente conocer de la inconstitucionalidad de una norma, y en ese sentido, las opciones eran que solo pudiera conocer de la inconstitucionalidad respecto de aquellos asuntos que ya se encontraban bajo su conocimiento, es decir, casos particulares, mientras

²⁶ FILLOY, Marylen y SOTO, M^a Ángeles. 2010. Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Análisis Jurisprudencial del período de marzo de 2006 a marzo de 2010 en cuanto a los criterios de admisibilidad. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. p 8.

²⁷ RÍOS. Op. cit. p. 46.

que por otra parte, algunos señalaban que también debía poder declarar la inconstitucionalidad de forma general, vale decir, que se le otorgara la facultad de revisar cualquier normativa, de oficio, para examinar su adecuación a la normativa constitucional. La discusión fue zanjada, y se optó por la primera alternativa, estableciéndose de esta forma y por primera vez en nuestra historia un control de constitucionalidad, el cual quedó consagrado en el artículo 86 de la Constitución de 1925, y cuya redacción se expresa a continuación:

«La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación»

Las hipótesis bajo las cuales la Corte Suprema podía revisar la constitucionalidad de una norma, mediante esta acción de inaplicabilidad, eran: 1) En casos particulares que ya se encontraran bajo conocimiento de la Corte Suprema; y 2) Cuando se interpusiere recurso respecto de juicios que se siguieren ante otro Tribunal.

Las características que tuvo este control de constitucionalidad son las siguientes²⁸:

1. Fue un control que tomó como modelo el estadounidense, pero reservándole la competencia de revisar la constitucionalidad exclusivamente a la Corte Suprema, a diferencia de lo que ocurría en EE. UU.
2. Se trató de un control de carácter concreto, puesto que se limitaba a aquellos casos particulares que estuvieran ya sea en conocimiento ante la Corte Suprema o estuviera pendiente ante otro Tribunal, no pudiendo la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de un precepto que no estuviera siendo aplicado a un caso concreto.
3. El control constitucional ejercido por la Corte Suprema, solo procedía respecto de una inconstitucionalidad de fondo, y no de forma.
4. Dicho control solo procedía respecto de leyes, y no de decretos ni reglamentos.

²⁸ ZEGERS y MACKENNEY. Ob. cit. p. 46.

En conclusión, con la Constitución de 1925, se inicia un período en el que se estableció por primera vez en Chile un control de constitucionalidad de carácter concreto, basado en la aplicación judicial de las leyes, ejercido exclusivamente por la Corte Suprema y cuya declaración debía efectuarse solo en aquellos casos en ya se estuviese conociendo o cuyo procedimiento se encontrara pendiente ante otro Tribunal. Cabe señalar, que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad se producía solo respecto del caso concreto, y no producía un efecto *erga omnes*. Lamentablemente, la real eficacia de este control constitucional se vio menoscabada, ya que durante años (entre 1925 y 1932), no se estableció el mecanismo procesal adecuado para hacer efectiva la acción de inaplicabilidad. Fue finalmente la Corte Suprema la que decidió, mediante un auto acordado de fecha 22 de marzo de 1932, regular el procedimiento de presentación y aplicación de la acción de inaplicabilidad.

c. Constitución de 1980

Entre los años 1925 y 1970, se generó en los círculos académicos una discusión en torno a modificar la Constitución de 1925, en el sentido de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un órgano exclusivamente dedicado a velar por la supremacía constitucional en la República. Así fue como en el año 1964, el Presidente Eduardo Frei Montalva envió un proyecto de ley de reforma constitucional, que tenía por objeto precisamente incorporar aquello que la doctrina había recomendado: la creación de una Corte Constitucional. Pero, no fue sino hasta enero de 1970, que se promulgó la Ley 17.284, que modificó la Constitución Política de 1925 y creó el Tribunal Constitucional, cuyos objetivos eran principalmente: ejercer un control preventivo de los proyectos en trámite, tratados internacionales y decretos con fuerza de ley; y, además, ser el encargado de solucionar las contiendas de competencia entre las autoridades. La reforma en comento no modificó la Acción de Inaplicabilidad contemplada en el artículo 86 de la Constitución de 1925, pero sí introdujo una pequeña modificación, en el sentido de que la Corte Suprema, en conocimiento de una acción de inaplicabilidad, no podía declarar inaplicable un precepto, si es que con anterioridad el Tribunal Constitucional había declarado su constitucionalidad. Así quedó establecido en el artículo 78 c) inciso 3°:

«Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno. Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia»

Como consecuencia del golpe de estado ocurrido el 11 de septiembre de 1973, toda la institucionalidad del país se vio afectada. La Constitución vigente hasta ese momento, fue derogada *de facto*, ya que los miembros de la Junta de Gobierno concentraron las potestades administrativas, legislativas y constituyentes²⁹. Lo anterior, llevó a que el Tribunal Constitucional fuera disuelto formalmente mediante Decreto Ley N° 119, publicado en el Diario Oficial con fecha 10 de noviembre de 1973, sin que pudiera desempeñar las funciones para las cuales se había creado.

No fue sino hasta 1980, con la dictación de una nueva Constitución, que el Tribunal Constitucional fue reinstaurado. A su vez, se reconoció y consagró por primera vez el principio de supremacía constitucional, quedando expresado de la siguiente manera en sus artículos 6 y 7:

«Artículo 6°. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo. La infracción a esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley»

«Artículo 7°. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale»

²⁹ Op. cit. p. 55.

Con el objeto de hacer respetar el principio de supremacía constitucional, la nueva carta fundamental contempló un sistema de control constitucional denominado “judicatura dual”, en el cual el Tribunal Constitucional ejercía un control preventivo, obligatorio respecto de cierto tipo de leyes, y facultativo, a petición de ciertas autoridades sobre proyectos de ley u otros actos normativos; y la Corte Suprema, por su parte, conservó la competencia para conocer de la acción de inaplicabilidad. El control de constitucionalidad en el ámbito administrativo, en tanto, continuó a cargo de la Contraloría General de la República, mediante la toma de razón.

Respecto a la Acción de Inaplicabilidad, ésta quedó consagrada en el artículo 80 de la nueva carta fundamental, de la forma que a continuación se expresa:

«Art. 80: La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento»

Como se aprecia de la redacción del artículo citado, la acción de inaplicabilidad conservó en sus aspectos fundamentales su regulación, pero vino a resolver un asunto que no se encontraba claro en la redacción contenida en la Constitución de 1925. En ese sentido, permitió explicitar que la Corte Suprema podría conocer del recurso, ya sea de oficio o a petición de parte, en aquellas materias en las cuales ya estuviera en conocimiento. Con la redacción anterior contenida en la Constitución de 1925, no quedaba claro si las partes podían o no recurrir bajo esa misma hipótesis. Cabe señalar, que la redacción final de la Constitución de 1980 no contempló las competencias necesarias para que, ya fuera la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, pudieran declarar la inconstitucionalidad de algún precepto con efectos generales, manteniéndose de esta forma, que el efecto principal de la acción de inaplicabilidad fuera solo respecto del caso en particular. A mayor abundamiento, los profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira acotan lo siguiente:

«De esta manera, la sentencia que acoge la petición o recurso de inaplicabilidad, sólo produce efectos para el caso planteado, y viene a ser la corroboración del artículo 3° del Código Civil, que expresa que ‘las

sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.»³⁰

d. Reforma de 2005

Con el término de la dictadura y el retorno de la democracia, varios sectores de la política y la sociedad comenzaron a cuestionar la legitimidad de la Constitución de 1980, básicamente por su origen espurio.

Durante el tiempo que se encontró vigente dicho cuerpo normativo, dos fueron fundamentalmente los problemas que se presentaron bajo el sistema de control de constitucionalidad de doble judicatura.

En primer lugar, la Constitución de 1980 no explicitó si el control constitucional que podía ejercer la Corte Suprema era solo respecto de asuntos de fondo, o también le correspondía ejercerlo respecto de aquellos asuntos de forma, razón por la cual se excluyó este último aspecto del control constitucional.

En segundo lugar, la existencia de una doble judicatura, a saber, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, generó en la práctica una doble interpretación de la Constitución, lo que por cierto causó una gran incerteza e inseguridad jurídica³¹. Ambas situaciones problemáticas, se trataron de resolver mediante la reforma constitucional efectuada el año 2005, bajo el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar.

Dicha reforma, que contempló diversas modificaciones a la carta fundamental, se introdujo mediante la Ley 20.050, y en lo que respecta al control constitucional, el recurso de inaplicabilidad fue sustraído del conocimiento de la Corte Suprema, y fue entregado al Tribunal Constitucional. En palabras del senador Sergio Diez «se ha querido concentrar el resguardo del principio de supremacía constitucional en un solo organismo»³².

Por tanto, de un sistema dual, se pasó a uno concentrado, pero compartido, ya que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, mediante la acción de protección y de amparo, fueron las competentes para velar por las garantías constitucionales, mientras que el

³⁰ VERDUGO, Mario. *et al.* 1999. Derecho Constitucional. Tomo II. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 257.

³¹ FILLOY y SOTO. Op. cit. 11.

³² Discusión en Sala del Senado, 15 de enero de 2002.

Tribunal Constitucional, por su parte, debe velar que las leyes y normas se ajusten a los preceptos constitucionales.

B. El Tribunal Constitucional

a. Naturaleza jurídica

Aunque ya hicimos una breve mención a la discusión doctrinaria respecto a la naturaleza de las funciones que ejerce un Tribunal Constitucional -respecto a si aquellas son de carácter político o judicial- en este apartado nos gustaría retomarla, pero acercándola a la realidad de nuestro país. Para aquello, hemos de recurrir a la profusa literatura que varios autores de nuestro país han elaborado acerca de esta temática.

La existencia de un órgano de rango constitucional, autónomo e independiente de los otros poderes del Estado, con características que lo asemejan a cualquier otro tribunal ordinario que ejerce jurisdicción, pero cuyas competencias y pronunciamientos revisten indudablemente un carácter político del cual carecen aquellos dictados por el poder judicial, implican una clara dificultad para determinar con algo de certeza y consenso el carácter de los Tribunales Constitucionales.

El profesor Andrés Bordalí³³, resume las posturas de tres autores nacionales respecto a esta polémica. En primer lugar, Teodoro Ribera teoriza al respecto, concluyendo que el Tribunal Constitucional al no pertenecer al Poder Judicial ni a ninguna de las otras funciones clásicas del poder estatal, se configura como un poder neutro, destinado precisamente a controlar aquellas otras funciones estatales y erigiéndose como máximo guardián de la Constitución. Por su parte, Humberto Nogueira apunta que, si bien el Tribunal Constitucional es inicialmente un órgano jurisdiccional especial, aclara que no siempre lo es, puesto que hay casos en los cuales no aplica una norma a un caso concreto, sino que cumple la función de expulsar del orden jurídico aquellas normas o preceptos contrarios a la Carta Fundamental, actuando así como un legislador negativo. Por último, para Juan Colombo, el Tribunal Constitucional es claramente un órgano jurisdiccional que resuelve los conflictos

³³ BORDALÍ, Andrés. Tribunal Constitucional Chileno: ¿Control jurisdiccional de supremacía constitucional?[en línea]. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 12, no. 1, p. 48, <<http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2868>> [consulta: 28 agosto 2018]

constitucionales, por medio de un proceso y con efectos de cosa juzgada, lo que constituiría necesariamente el ejercicio de una función jurisdiccional.

De las posturas que adoptan cada uno de los autores anteriormente mencionados, a nuestro juicio descartamos totalmente aquella sustentada por Juan Colombo, en el sentido de considerar al Tribunal Constitucional un órgano puramente jurisdiccional, por cuanto para nosotros resulta evidente el carácter político que posee este órgano, sobre todo considerando alguno de sus últimos fallos -como por ejemplo, Rol 4317-18 relativo al control de constitucionalidad del proyecto de ley de educación superior o el Rol 4012-17 relativo al control de constitucionalidad el proyecto de ley que fortalecía el SERNAC- pronunciamientos que fueron fuertemente criticados y que han generado un debate en torno al establecimiento del Tribunal Constitucional como una tercera cámara y no un tribunal como tal, y en el cual el carácter técnico-jurídico que debiese prevalecer, se ve menoscabado, entre otras cosas, por la polarización de fuerzas políticas a su interior, consecuencia derivada principalmente de la integración del mismo. Más allá de las críticas hacia el funcionamiento, organización o competencias del Tribunal Constitucional (de las cuales ahondaremos más adelante), nos parece relevante señalar que a nuestro juicio resulta imposible escindir el carácter político de un órgano que tiene por objeto velar por la supremacía constitucional, ya que finalmente la constitución representa un ideario político sobre cómo se organiza y estructura la sociedad, por lo que pretender eliminar este carácter, resulta un gesto intelectual carente de sentido. Coincidimos de todas formas, en que sí hay elementos en la forma en que funciona este órgano que permiten asemejarlo a la función jurisdiccional, por lo que la conclusión al respecto, y en eso coincidimos plenamente con la doctrina mayoritaria, el Tribunal Constitucional es un órgano que ejerce funciones de ambas naturalezas, tanto políticas como jurisdiccionales.

b. Regulación actual

El Tribunal Constitucional es un organismo consagrado en la Constitución Política en su Capítulo VIII, cuya organización y funcionamiento se encuentra contenido en la Ley Orgánica Constitucional, y que en su artículo primero lo define como «un órgano del Estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder».

Por su parte, y como ya se ha señalado, la Ley 20.050 que introdujo importantes reformas a la Constitución, no solo se ocupó de materias relativas al control constitucional, sino que, además, implicó una gran transformación del Tribunal Constitucional, e incluso hay quienes van más allá, como el profesor Lautaro Ríos, que considera que con esta reforma se dio nacimiento a un nuevo Tribunal Constitucional, mucho más fortalecido que su versión anterior. Ya que revisar todas y cada una de las modificaciones introducidas al Tribunal Constitucional podría resultar excesivo, hemos decidido destacar las siguientes modificaciones, que a nuestro juicio resumen los aspectos más importantes que fueron objeto de la reforma:

-Se aumentó el número de ministros, de 7 pasaron a 10 integrantes.

-Se modifica su composición. Anterior a la reforma, se designaban de la siguiente manera: 3 por parte de la Corte Suprema, 1 por parte del Presidente de la República, 2 elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, y finalmente 1 elegido por el Senado. Con la reforma, en la composición pasaron a tener injerencia los tres poderes del Estado: 3 nombrados por el Presidente de la República, 4 designados por el Congreso Nacional (de los cuales 2 son nombrados directamente por el Senado, y los otros 2 a propuesta de la Cámara de Diputados, con posterior aprobación del Senado) y 2 miembros designados por la Corte Suprema.

-Se reestructuró su organización y funcionamiento, debiendo introducirse modificaciones a su Ley Orgánica Constitucional (esto se hizo realidad mediante la Ley 20.381, publicada el 28 de octubre de 2009). A modo de ejemplo, la reforma permitió al Tribunal Constitucional comenzar a funcionar en pleno o dividido en dos salas.

-Se le asignaron nuevas labores, dentro las cuales se puede destacar la ya mencionada competencia para conocer de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que revisaremos a continuación.

C. Acción de inaplicabilidad: Concepto, Características y Efectos

Como explicamos anteriormente, la acción de inaplicabilidad es tan solo uno de los medios a través del cual se busca mantener la supremacía constitucional, y debido al tema de nuestra

memoria, nos resulta imprescindible tratar algunos puntos relativos a ella. Es por esta razón, que en las siguientes páginas la abordaremos conceptualmente y repasaremos sus características y efectos.

a. Concepto

La Acción de inaplicabilidad hoy en día se encuentra regida por lo establecido en la Constitución Política de la República de 1980 y la reforma que se efectuó en el año 2005 mediante la promulgación de la ley 20.050, siendo esta última la que termina dando forma a lo que es actualmente esta institución del derecho. Actualmente la acción se encuentra regulada en el artículo 93 numeral 6 de la Constitución Política de la República, esto a raíz del establecimiento de las atribuciones que recaen en el Tribunal Constitucional:

«Resolver, por 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»

Vemos que la propia normativa no da un concepto de lo que debe entenderse por Acción de Inaplicabilidad, y por ello en primer lugar, resulta interesante recurrir a la definición que el propio Tribunal Constitucional nos entrega de ella en los siguientes términos:

«Instaura un proceso dirigido a examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, la inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas, que naturalmente se encuentran vigentes mientras no conste su derogación, que hayan sido invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la causa en que inciden»³⁴.

Por su parte la doctrina también ha dado sus definiciones, siendo el profesor Salvador Mohor, uno de los que ha entregado la siguiente aproximación conceptual:

³⁴ Tribunal Constitucional. Rol 679. 26 de diciembre de 2007.

«Aquella acción o requerimiento que se interpone ante el Tribunal Constitucional con la finalidad de impedir la aplicación de un precepto legal en una gestión judicial radicada en un tribunal ordinario o especial que se encuentra pendiente, cuando se estima por alguna de las partes, o de oficio por el propio tribunal de la gestión, que esa aplicación producirá un efecto contrario a la constitución»³⁵

Por su parte, el profesor Francisco Zúñiga es un poco más escueto al elaborar un concepto:

«La acción de inaplicabilidad concebida como un mecanismo o vía impugnativa que instaura un proceso de constitucionalidad, configurador de un control jurisdiccional, concreto, represivo y facultativo de normas o preceptos legales relevantes al caso concreto, “cuya aplicación” sea contraria a la Constitución³⁶».

b. Características

-En primer lugar, desde un punto de vista formal y para un adecuado uso del lenguaje, la acción de inaplicabilidad es una acción constitucional propiamente tal y no un recurso como se le denomina en algunos textos sobre la materia. Básicamente porque se interpone ante un organismo que no pertenece al Poder Judicial y por lo mismo no corresponde a una instancia en el sentido procesal, como sí ocurre al momento de interponer un recurso en sede judicial. La acción de inaplicabilidad se puede definir como:

«una acción autónoma para establecer la vigencia de un precepto constitucional que ha sido infringido, aun cuando los fines que persigue puedan coincidir con los intereses de una de las partes en el litigio en que ha tenido lugar la infracción»³⁷.

³⁵ MOHOR, Salvador. 2011. Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005. *Estudios sobre Justicia Constitucional* 1. p. 103.

³⁶ ZÚÑIGA, Francisco. 2010. La relación Tribunal Constitucional-Tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción. En: NOGUEIRA, Humberto. *Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones Jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional*. 1°ed. Chile. Librotecnia. Pág. 263-277.

³⁷ HORMAZÁBAL, Hernán. 2006. *El Nuevo Tribunal Constitucional: los derechos fundamentales y el modernorecurso de inaplicabilidad*. Santiago de Chile. LexisNexis. P. 18.

De lo anterior queda claro que no busca enmendar una resolución judicial existente, cual es el objetivo primordial de un recurso judicial propiamente tal. La acción da inicio a un control jurisdiccional, siendo en este caso el tribunal constitucional el que ejerce una jurisdicción de naturaleza jurídica y orgánica sobre el órgano juzgador, pues con su intervención lo somete a reglas de argumentación y hermenéuticas, tratándose de un control jurisdiccional que implica un proceso distinto del que se está llevando a cabo.

-Luego, reiterando la idea del párrafo anterior, actualmente el conocimiento de la acción corresponde al Tribunal Constitucional. Como dijimos, la reforma del año 2005 sustrajo su conocimiento de la Corte Suprema radicándolo exclusivamente en el Tribunal Constitucional. Las razones de esta decisión ya fueron expuestas anteriormente, por lo que creemos no es necesario volver a recalcarlas.

-La inaplicabilidad procede respecto de un precepto legal. Por lo mismo, la acción de inaplicabilidad debe individualizar la norma cuya aplicación resulta contraria a la Constitución. Dicha norma por lo demás debe estar vigente, sin importar si fue promulgada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución:

«Permite, entonces, solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal. Comprende la Ley propiamente tal, un Decreto con Fuerza de Ley, un Decreto Ley e incluso un Tratado.

Debe tratarse de un precepto legal específico, concreto, y no de un capítulo de una ley o de un texto legal completo. Ello no obsta, obviamente, a que se solicite la inaplicabilidad de más de un precepto legal»³⁸.

El Profesor Francisco Zúñiga Urbina apunta que existiría dentro de la doctrina una comprensión más amplia de la expresión “precepto legal”, ya que no tan solo dicha expresión implicaría el tenor literal de la norma, sino que también la interpretación que se haga de ella, pudiendo en este caso declararse también la inaplicabilidad, respecto de la interpretación que se haga de una norma aplicable para un caso en particular:

«Ciertamente la eventual sentencia estimatoria lo que hace es declarar inaplicables por inconstitucionalidad la o las interpretaciones o significados de las normas en referencia al caso concreto. Ello obliga al Tribunal Constitucional a un ejercicio anticipatorio e hipotético acerca de la decisión

³⁸ FILLOY y SOTO. Ob. cit. p. 24.

del tribunal del fondo, que es llamado a aplicar la norma, realizando una interpretación de esta, que por obra del control concreto debe ser excluida por el juzgador»³⁹.

-Se caracteriza por ser un control represivo, puesto que como dijimos se ejerce sobre preceptos legales que ya son parte del ordenamiento jurídico y se encuentran plenamente vigentes.

-La aplicación del precepto puede generar una inconstitucionalidad ya sea en el fondo del asunto o en la forma en que se tramita. En ambos casos es posible solicitar la inaplicabilidad de la norma.

-El Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre una acción de inaplicabilidad, ejerce lo que hemos estudiado como control en concreto. Es decir, que la aplicación del precepto puede que resulte ser inconstitucional en el caso particular y específico, pero puede no resultar así en la aplicación para la generalidad de los casos, o más bien dicho, en un caso con antecedentes diferentes. Como bien lo explica Alejandro Silva Bascuñán:

«El examen que efectúa el Tribunal Constitucional es entre el contenido de la Constitución y el precepto legal, a la luz de los antecedentes que deriven de la situación de hecho concreta de que se trata. No le corresponde aquí, por lo tanto, efectuar un análisis doctrinario abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser o no inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten»⁴⁰.

-La aplicación del precepto debe tener relación con una gestión judicial que esté pendiente. El artículo 47 de la LOCTC establece que el requerimiento:

«podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución»

³⁹ ZÚÑIGA Urbina, Francisco. 2010. La relación Tribunal Constitucional-Tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción. EN: NOGUEIRA, HUMBERTO. Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones Jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional. 1°ed. Chile. Librotecnia. Pág. 263-277.

⁴⁰ SILVA Bascuñán, Alejandro y SILVA Gallinato, María. 2016. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Público*, 69:19-20.

Que esté pendiente implica que dicha gestión no se haya agotado procesalmente, lo que significa que no debe haberse dictado fallo, o bien éste no se encuentra ejecutoriado. Por tanto, la acción de inaplicabilidad se puede ejercer en la oportunidad procesal que se crea conveniente, siempre que se estime que la aplicación de determinada norma pueda ocasionar que se resuelva de forma contraria a la Constitución. Por lo demás, la palabra gestión debe entenderse en un sentido amplio, entendiendo así causas civiles, criminales, contenciosas o no contenciosas, ya sea de la cuestión principal, accesoria o incluso incidental. Respecto de esto último:

“Si una gestión incidental dentro de la gestión principal se ha consumado procesalmente, no será procedente cuestionar, vía inaplicabilidad, la aplicación del precepto legal en que se haya fundado su resolución, aun cuando se encuentre pendiente la gestión principal»⁴¹.

-La gestión judicial puede estar tramitándose ante un tribunal ordinario o especial. La reforma del año 2005 no distingue si se trata de tribunales especiales que forman parte del poder judicial o se encuentran fuera de él, por lo que en opinión de Salvador MohorAbuauad debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo así a todo órgano que tenga facultades legales para juzgar.

-La utilización del precepto debe influir en la resolución del asunto, resultando así su aplicación contraria a la Constitución:

«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, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar»⁴².

-La sentencia que acoge la acción de inaplicabilidad es requisito esencial para posteriormente pedir la inconstitucionalidad. Así, luego de la reforma del año 2005 que separó la acción de inaplicabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, se hizo a ésta última dependiente de la primera, requiriendo sentencia de inaplicabilidad como presupuesto

⁴¹ MOHOR, Op. cit.

⁴² Tribunal Constitucional. Rol N°943-07-INA de 10 de junio de 2008, considerando noveno.

procesal de la cuestión de inconstitucionalidad, pudiendo el Tribunal Constitucional declarar ahora la inconstitucionalidad de un precepto con efecto general o *erga omnes*.

-Cabe además resaltar que la acción de inaplicabilidad no es un proceso de amparo extraordinario de derechos fundamentales, por lo mismo las cuestiones de mera legalidad que buscan revocar, anular o bien revisar resoluciones de tribunales de fondo no deben alejarse por medio de este proceso.

c. Efectos

Si el recurso de inaplicabilidad es rechazado, se entiende por el Tribunal Constitucional que de la aplicación del precepto legal en cuestión no deriva ningún efecto contrario a la Carta Fundamental, y por ello, el tribunal que está conociendo del asunto puede o no aplicar la norma en el ejercicio de su jurisdicción.

En relación con el tema de nuestra memoria, los efectos que nos interesan se centran en el caso que la acción de inaplicabilidad se acoja, y es por ello que los trataremos brevemente:

- El efecto negativo: la doctrina ha dado dicho nombre para referirse al hecho de que una vez que se resuelve que un precepto legal es inaplicable en determinada gestión, el Tribunal tiene prohibido aplicarlo en el caso en cuestión. Algunos autores establecen:

«El precepto legal cuya aplicación se cuestiona no podrá ser aplicado en la gestión respectiva como fundamento del fallo. Ello es así, aún cuando el tribunal de la gestión pretendiera asignar al precepto una interpretación acorde con la Constitución y desechar aquella que llevó al Tribunal Constitucional a acoger el recurso»⁴³.

- Inalegabilidad posterior del mismo vicio: como bien expone el profesor Rodrigo Pica Flores, el artículo 47 L de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece:

⁴³ MOHOR. Op. cit.

«Resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el MISMO vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido».⁴⁴

Esta imposibilidad implica que ninguna de las partes puede volver a alegar el mismo vicio, sin embargo, como no hay norma que exija alegar en un solo escrito todos los vicios, nada impide que alguno de los intervinientes plantee un nuevo requerimiento de inaplicabilidad por uno o varios vicios distintos pero respecto de la misma norma, o que derechamente requiera de inaplicabilidad por otros preceptos, todo lo anterior en la misma gestión pendiente.

- Vacío normativo: la sentencia que acoge una solicitud de inaplicabilidad altera la legislación aplicable al caso en concreto, debido a que la norma que debía «ponerse en movimiento, pierde su relación e imperio en el caso particular.»⁴⁵

- La sentencia del Tribunal que resuelve la cuestión de inaplicabilidad produce efecto de cosa juzgada formal, y no material: una vez que se ha acogido la inaplicabilidad, es posible que el precepto legal pueda volver a aplicarse en una gestión diferente, pues para evitar ello será necesario que nuevamente se interponga un recurso de inaplicabilidad en el caso en particular, o bien que se declare la inconstitucionalidad. El Artículo 47 letra N de la ley 17.997 establece: «La Sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite».

- Si se ha declarado inaplicable un precepto nace la acción para solicitar la inconstitucionalidad abstracta y de efecto *erga omnes*.

⁴⁴ PICA, Rodrigo. 2010. El procedimiento correspondiente al proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional. En: NOGUEIRA, HUMBERTO. Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones Jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional. 1°ed. Chile. Librotecnia. Pp. 254-261.

⁴⁵ PICA, Rodrigo. 2010. El procedimiento correspondiente al proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional. En: NOGUEIRA, Humberto. Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones Jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional. 1°ed. Chile. Librotecnia. Pág. 254-261.

CAPÍTULO II: LA SODOMÍA, ASPECTOS TEÓRICOS Y LEGALES

1. Origen etimológico

Para conocer el origen etimológico de la palabra sodomía, y de esta forma aproximarse a una comprensión cabal del concepto, basta con recurrir a la definición de la palabra que entrega el diccionario de la Real Academia Española (RAE), el cual la define como «práctica del coito anal»⁴⁶, señalando además, que proviene del latín tardío *sodomía*, que a su vez «deriva de *Sodōma* ‘Sodoma’, ciudad que, según la Biblia, fue destruida por Dios a causa de la depravación de sus habitantes.»⁴⁷De acuerdo al relato bíblico del Génesis, tres hombres que se presentan a Abraham en Manré, son atendidos por éste con las mayores muestras de hospitalidad, y ellos le aseguran que su mujer Sara va a tener un hijo. Luego de ello, se dirigen a Sodoma. Allí es Lot quien los atiende y lleva a su casa. Enterados los de la ciudad, acuden a la casa de Lot, exigiéndole que presente a dichos hombres para abusar de ellos. Con el fin de calmar al pueblo, Lot propone entregarles a sus dos hijas, pero ante la insistencia de la gente de Sodoma que comienza a intentar ingresar por la fuerza, los varones visitantes extienden sus brazos desde el interior de la casa, meten a Lot adentro y dejan ciegos a quienes intentaban irrumpir en la morada. En ese instante, Dios arrasa con Sodoma, Gomorra y toda la cuenca y quienes la habitan.⁴⁸Como se puede apreciar del relato bíblico recién comentado, el origen de la palabra que nos ocupará durante el desarrollo de la presente investigación está íntimamente relacionado con el Cristianismo, por lo cual en los párrafos subsiguientes se procederá a explicar este vínculo y se realizará una breve reseña relativa a la visión presente en las diversas culturas antiguas respecto de la sodomía.

2. Visión histórica de la sodomía

En Asiria y Caldea, regiones de Asia antigua, se consideraba la sodomía como un comportamiento religioso, siendo un medio por el cual los individuos se acercaban a la divinidad. De esta manera, no sólo no se reprochaba la conducta, sino que, al contrario, se miraba con admiración. Asimismo, ocurría en la cultura Egipcia, donde la sodomía y las

⁴⁶DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. 2017. [en línea]: www.rae.es [Consulta: 24 agosto 2017]

⁴⁷Ibid.

⁴⁸ROSSI, Paola. 1998. Rechazo a la despenalización de la Sodomía desde el punto de vista del Magisterio de la iglesia y del Derecho Natural. *Revista Chilena de Derecho*, 25 (4): pp. 915-937.

prácticas homosexuales eran permitidas dentro de los templos. En India, por el contrario, se le trataba como un pecado que hacía perder la casta a los hombres que la practicaban, transformándose, según algunos, en la primera cultura oriental que castiga la homosexualidad⁴⁹.

Por su parte, la antigua Grecia tenía bastante tolerancia con la homosexualidad y las prácticas sexuales que conlleva, ya que de acuerdo con lo planteado por la autora Eva Cantarella, el rol de la mujer en dicha sociedad era simplemente reproductor. Además, es dado mencionar que la homosexualidad está presente en el rito de iniciación griego, en el cual el varón menor para pasar a la adultez era necesario que se alejara de la ciudad solo en compañía de un maestro, que por lo demás era su amante. Las relaciones homosexuales se aceptaban dentro de esta cultura como parte de la normalidad social, puesto que incluso se les miraba como la búsqueda de la perfección humana, pero siempre y cuando estuviera limitada a los hombres mayores de 12 años, de lo contrario, se cometía delito de infamia⁵⁰.

En el Derecho Romano, la sodomía tuvo distintos tratamientos según el período histórico que vivía dicha civilización. Es así como se luchó contra las prácticas homosexuales durante la “Monarquía” y la “República”, pero en el “Alto Imperio” se aceptaba solo si era ejecutada por patricios respecto de los esclavos, y dentro de un ejercicio bisexual de la sexualidad. Todo esto porque la homosexualidad era una manifestación social de poder personal del ciudadano sobre los esclavos, por lo que no estaba permitido que pudiera practicarse con hombres libres. Luego en el periodo del “Bajo Imperio” se vuelve a condenar la homosexualidad, donde se obedece más a un criterio religioso que jurídico⁵¹.

En la edad media y época moderna, en España, El Fuero Juzgo castigaba la sodomía con castración y reclusión o prisión perpetuas, y dicha pena se aplicaba incluso a la víctima del delito en el caso de que no denunciara el ilícito. Lo que se buscaba con la castración era evitar la reincidencia. Luego, las Siete Partidas fue el cuerpo legal en que se definió el delito como «el pecado en que caen los OMES yaciendo unos con otros, contra natura y contra la costumbre natural.» Su castigo consistía en la pena de muerte en la hoguera, tanto para la víctima como para el victimario. Si bien se hacen intentos en la época por frenar estas

⁴⁹ ARANCIBIA, Armando. citado en RIVERA, Rodrigo. El Delito de Sodomía en el Código Penal y su posible despenalización, p. 71.

⁵⁰ CANTARELLA, Eva. Según natura: La Homosexualidad en el mundo antiguo, Editorial Akal, Edición de 1991, p. 18, citada en RIVERA, Rodrigo. El Delito de Sodomía en el Código Penal y su posible despenalización, p. 71.

⁵¹ RIVERA, Rodrigo. El Delito de Sodomía en el Código Penal y su posible despenalización. p. 75.

conductas desviadas, la homosexualidad se extiende por toda Europa, en parte gracias al Renacimiento, que recrea la cultura helénica, donde la homosexualidad masculina era aceptada. La reina Isabel de la Católica luchó con fuerza por eliminarla conducta en cuestión, de hecho, se le asimiló a la herejía, y por tanto requería la purificación a través del fuego. Lo mismo hizo luego Felipe II, que utilizó la Inquisición o Santo Oficio para perseguir a los homosexuales.

Ya para fines del siglo XVIII, y gracias a los ideales promovidos por la Revolución Francesa, fueron observándose ciertos cambios que permitieron comenzar a separar el ámbito de la moral de lo jurídico, perdiendo relevancia el hecho de que se considerara un pecado para su calificación como delito. Por lo anterior, fue posible que la rigurosidad de las penas asociadas al ilícito fuera disminuyendo, ya no siendo castigado con la pena de muerte, sino que solo con penas privativas de libertad. El Código de Austria de 1787 y el Código de Prusia de 1794, fueron los primeros en eliminar la pena de muerte para los homosexuales, pero el Código Penal Napoleónico fue el pionero en eliminar la penalidad de la homosexualidad en 1810, y solo se castigaban las prácticas homosexuales como atentados al pudor. El Código Penal Español eliminó definitivamente la sodomía como delito en 1848, sucediéndole el Código Penal Japonés en 1907 y posteriormente el Chino en el año 1928. Los ordenamientos jurídicos europeos, por años consideraron que la sodomía solo merecía castigo cuando se llevara a cabo sin la voluntad de uno de sus participantes, principalmente por la influencia que el Código Napoleónico ejerció en el continente. Actualmente, solo en Alemania se sanciona la sodomía, pero al igual que en Chile, se restringe a los casos en que se cometa por un adulto respecto de un menor de edad.

3. Sodomía: conceptos doctrinarios

Habiendo revisado la etimología de la palabra objeto de la presente investigación, corresponde hacer referencia a qué se entiende por sodomía, en su sentido natural y no legal, para lo cual será pertinente revisar algunos conceptos entregados por la doctrina.

La primera conceptualización a la que nos referiremos será la elaborada por el Profesor Mario Garrido Montt, quién define la sodomía como “el concúbiteo entre varones; se trata de

una manifestación de la homosexualidad entre hombres”, entendiéndose como concúbito la unión sexual entre un hombre y una mujer.⁵²

Por su lado, Alfredo Etcheberry expresa que «la verdad es que la expresión sodomía, puede ser tomada en uno de los siguientes sentidos: 1) Prácticas homosexuales entre varones. Es el sentido más tradicional y antiguo, y alude precisamente al vicio de Sodoma según el relato bíblico; 2) práctica del coito anal, sea entre varones, sea de varón con mujer; 3) prácticas sexuales entre individuos humanos y animales (bestialidad), y 4) prácticas sexuales varias, que no llegan al coito, entre personas del mismo o distinto sexo (masturbación, fellatio in ore, etc.) (...).»⁵³

El profesor Gustavo Labatut, por su parte, sostiene que la definición de sodomía va a depender de la especialidad de la que sea objeto de análisis. Así entonces, existiría «la científica, que la haría sinónima de bestialidad o contacto sexual de hombres con animales; la vulgar, que la equipara a homosexualidad o tratamiento carnal entre personas del mismo sexo, y la jurisprudencial, la cual consiste en el coito entre varones, impropriamente llamado también pederastia.»⁵⁴

4. Historia de su regulación en Chile

El artículo 365 del Código Penal es el que actualmente sanciona el delito de sodomía en Chile, es por ello que resulta imprescindible hacer una breve revisión a la historia de dicho artículo y a las modificaciones que éste ha sufrido desde la dictación del Código Penal en el año 1875.

Al momento de la redacción del código en dicho numeral se leía:

«El que se hiciere reo de sodomía, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados i multa.»

⁵² GARRIDO, Mario. 2005. Derecho Penal, Parte Especial. 2da edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III, p. 311.

⁵³ Citado en ZAPATA, Francisca. 2012. El artículo 365 del Código Penal: Análisis crítico del delito. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 3.

⁵⁴ LABATUT, Gustavo. 1964. Derecho Penal. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II, p. 234. Citado en ROSSI, Paola. 1998. Rechazo a la despenalización de la sodomía. *Revista Chilena de derecho*, 25 (4): 922.

Antes de comenzar a analizar el artículo, resulta conveniente llevar a cabo una reflexión que permita dilucidar las razones que tuvo el legislador de la época y que lo llevaron a tipificar dicha conducta en el Código Penal.

Según la doctrina, las fuentes materiales del Código Penal Chileno no contemplaban una norma que se le asimilara. «Debido a la influencia del Código Penal de Napoleón de 1810, ni el Código Penal español de 1850 ni tampoco el Código Penal belga de 1867 establecieron diferencias entre el comportamiento sexual heterosexual y el homosexual. El artículo 365 del Código Penal chileno se explica como la pervivencia del derecho colonial español, que en esta materia se remonta al derecho visigótico.»⁵⁵

El profesor Garrido Montt es de la opinión de que por esta vía se intentó sancionar el ejercicio consentido de conductas de carácter homosexual: «Históricamente se intentó proscribir los actos que comprenden la ejecución de la cópula sexual entre dos varones, para amparar la moral sexual (...). Se pretendió amparar una determinada concepción moral sobre el ejercicio de las facultades de índole sexual, en la cual la realización de actos sodomíticos (homosexuales) ejecutados por adultos en forma consentida, y aún en privado, resultan intolerables.»⁵⁶ De la opinión expuesta, resulta relevante destacar que la motivación principal para considerar la sodomía una conducta ilícita y objeto de persecución penal, fue la idea de que la comisión de ésta importaba una contravención a las normas, y en general, al orden moral imperante en aquellos momentos. A mayor abundamiento, vale la pena señalar que “la sodomía se castigó en el entendido de que su propagación o “contagio” eran vistos como peligrosos, en tanto se le consideraba incluso como “una plaga” cuya extensión era conveniente frenar mediante su sanción, fundándose ello, principalmente, en motivos morales; aun cuando ésta se desarrollara en privado y sin causar daños a terceros⁵⁷”

Volviendo al análisis del artículo 365, en esta primera redacción, vemos que no se da una definición del delito. Según la doctrina, esta redacción poco alegre y con nula explicación del tipo, se debe a una inclinación de contexto histórico, puesto que en su opinión el legislador chileno buscaba nada más y nada menos que cuidar el “pudor en el lenguaje”⁵⁸, tendencia que por lo demás se sigue dando hasta el día de hoy.

⁵⁵ Informe en Derecho. La inconstitucionalidad del art 365 del Código Penal. p. 76.

⁵⁶ GARRIDO. Op. cit. p. 351.

⁵⁷ ZAPATA, F. Op. cit. p. 7.

⁵⁸ PHILLIPS, Leonardo. Homosexualidad: Estudio Médico, Legal y social de la inversión. Citado en RIVERA, Rodrigo. El Delito de Sodomía en el Código Penal y su posible despenalización. p. 37.

El artículo 365 del Código Penal sufrió su primera modificación con la Ley 17.727 del año 1972, agregándose con ella dos incisos que tenían por finalidad «sancionar la conducta de violación sodomítica; esto es, la violación de un hombre hacia otro hombre, concurriendo las circunstancias señaladas en los dos incisos agregados.»⁵⁹

Con la reforma introducida el año 1972, el artículo 365 pasó a expresar lo siguiente:

«El procesado por el delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.

Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio al que cometiere el delito concurriendo algunas de las siguientes circunstancias:

1° cuando se use de fuerza o intimidación sobre la víctima;

2° cuando se halle la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa.

Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo si el ofendido fuere menor de 14 años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números del inciso anterior.»

El tipo penal continúa sin ser explicado ni descrito con esta nueva redacción que instauró la reforma en comento, pero la doctrina interpretó este artículo de la siguiente manera: en el inciso primero estaba tipificada la sodomía que consistía en «el acceso carnal mutuamente consentido entre varones adultos»⁶⁰, denominándola “Sodomía simple”. El término anterior se usaba para distinguirla de la “Sodomía calificada”, que estaba contenida en su inciso segundo, y se diferenciaba de la simple, en que en la calificada «el acceso carnal no se producía mediante el consentimiento, sino que por medio de la fuerza o la intimidación (presupuestos de concurrencia de la violación).»⁶¹

Tras la reforma de 1972, la siguiente iniciativa para modificar al artículo 365 se dio en 1992, pero dicha propuesta no se materializó sino hasta el año 1993, año en el cual el Poder Ejecutivo envió un mensaje al congreso que perseguía un cambio en el articulado de los delitos sexuales. Particularmente en lo referido al artículo 365, el mensaje presidencial

⁵⁹ ZAPATA, F. Op. cit. p. 10.

⁶⁰ Ibid. p. 4.

⁶¹ Ibid.

señalaba: «se derogan los incisos segundo y tercero del artículo 365, que regulaban el delito de violación sodomítica, toda vez que se ha incluido esta figura en la nueva redacción que se propone para el artículo 361 haciendo, como se dijo, al delito de violación comprensivo tanto cuando la víctima de la violación es mujer, como cuando es hombre.»⁶²

Como bien expone Francisca Zapata respecto a este punto «queda de manifiesto que el Mensaje del Ejecutivo, al reformar el delito de violación del artículo 361 y hacerlo extensivo a conductas homosexuales, propone solamente derogar los incisos segundo y tercero del artículo 365, en cuanto dichas conductas se encontraban ya sancionadas en la propuesta de reforma del artículo 361. Dicho en otras palabras, la supresión de los incisos segundo y tercero del artículo 365, sólo buscaba hacer armónico y concordante el catálogo de delitos sexuales, no proponiendo reforma alguna al inciso primero del artículo 365.»⁶³

Luego de que el proyecto fuera totalmente tramitado y finalmente aprobado por el Parlamento, el año 1999 se convirtió en la ley 19.617, quedando el artículo 365 redactado de la siguiente forma:

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

En palabras de la doctrina, la Ley N° 19.617 lo que hace es eliminar la penalidad de la sodomía entre hombres adultos, pero la conserva cuando uno de los sujetos es menor de 18 años de edad: «el motivo que se tuvo en vista es la corrupción de menores, al entender que esta conducta constituye un peligro potencial para el desarrollo sexual normal de los menores de edad (indemnidad sexual).»⁶⁴

5. Explicación del tipo penal

A. Acción

El artículo 365 describe la acción del tipo como “acceder carnalmente”. Al relacionar esto con los conceptos de sodomía que fueron expuestos en el comienzo de este capítulo, se entiende que esta acción se refiere a la introducción del pene en el ano de otro hombre,

⁶² Historia de la Ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Mensaje del Ejecutivo, 9p. Disponible en www.bcn.cl

⁶³ ZAPATA, F. Op. cit. p. 14.

⁶⁴ GARRIDO. Op. cit. p. 352.

siempre y cuando no concurren las causales de violación o estupro⁶⁵. El profesor Garrido Montt concuerda con esta explicación, pues establece que la penetración sexual rectal satisface la acción de “acceso carnal”, es más, aclara que el “acceso carnal” implica el realizado ya sea por vía anal, bucal o vaginal, y que si bien el legislador no lo dispuso expresamente fue precisamente porque ya se había referido a ello en los artículos 361, 362 y 363, y que por lo tanto se volvía reiterativo⁶⁶.

B. Sujeto activo y pasivo

En lo que se refiere al sujeto activo, es decir aquel que incurre en el delito, en este caso debe ser un hombre mayor de 18 años que accede carnalmente a otro sujeto de su mismo sexo. Respecto a si la mujer puede ser sujeto activo del delito de sodomía existen opiniones diversas, inclinándose la mayoría de la doctrina que no es posible, en vista de que claramente el sujeto activo solo puede ser un varón, y que además históricamente el lesbianismo no ha sido sancionado. Pero también hay quienes que creen que sí sería extensivo al lesbianismo, y que por lo tanto la mujer sí puede ser sujeto activo. Comparte esta opinión el profesor Mario Garrido Montt, quién plantea lo siguiente «en el texto vigente se omite hacer referencia expresa a la voz sodomía y se precisa que la acción sancionada es el acceso carnal a una persona menor de 18 años del mismo sexo, lo que significa que el legislador extendió el ámbito delictivo, además de la sodomía, al lesbianismo.»⁶⁷ La opinión contraria a la del Profesor Garrido Montt, sostiene que la mujer para “acceder” requeriría de algún instrumento ajeno a ella, y que por consiguiente dicho “acceso” ya no sería “carnal”, no cumpliéndose de esta forma con la exigencia del tipo.⁶⁸

El sujeto pasivo en cambio, en este caso debe ser del mismo sexo que el autor, mayor de 14 años y menor de 18. Si es mayor de 18 años, ya no estaríamos frente al delito de sodomía, porque como bien fue planteado en su momento, actualmente dicha conducta se encuentra despenalizada para el caso de los hombres adultos. En el caso de que el sujeto pasivo sea menor de 14 años, tampoco se configuraría el delito en cuestión, puesto que el acceso a un menor de 14 años siempre constituye violación, razón por la cual además se les excluye como víctimas del delito de estupro. «Se explicó en su oportunidad que los menores de catorce años quedan protegidos por la indemnidad de su sexualidad, a todo evento, aunque

⁶⁵ ZAPATA, F. Op. cit. p. 39.

⁶⁶ GARRIDO, Mario. 2010. Derecho penal, parte especial. 4ta Ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.p. 354.

⁶⁷ Ibid. p. 353.

⁶⁸ MALDONADO, Francisco. Citado en pie de página en GARRIDO Montt, Mario. Ob. cit., 432 y 433p.

medie su consentimiento. De manera que un menor de 14 años no puede jurídicamente ser víctima de los delitos de estupro, sodomía o lesbianismo.»⁶⁹

En consecuencia, la acción prohibida en el delito de sodomía es el acceso carnal, ya sea anal o bucal (vaginal incluso para los que creen que la sodomía comprende también el lesbianismo), de una persona mayor de 14 y menor de 18 años, sin que exista de por medio violencia o engaño, y que este acceso haya sido aceptado por el menor.⁷⁰

6. Proyecto de Ley

En materia legislativa, existe actualmente en el Congreso un proyecto de ley que se encuentra en tramitación desde el 3 de septiembre de 2009 y que fue promovido por las diputadas María Antonieta Saa, Adriana Muñoz, Ximena Valcarce, Guillermo Ceroni, Fulvio Rossi y Gabriel Silber, a través del Boletín N°6685-07. El proyecto tiene por objeto la derogación del artículo 365 del Código Penal, lo que de acuerdo con sus autores no significa aumentar o disminuir la edad de consentimiento sexual, sino que igualar los derechos de las personas al margen de su orientación sexual.

Parte de la fundamentación que expone la moción parlamentaria, dice relación con el carácter discriminatorio de la norma en comento, argumentando que en primer lugar, sanciona expresiones sexuales sanas y legítimas, como son la homosexualidad, de acuerdo a lo manifestado por la Organización Mundial de la Salud; en segundo lugar, la norma no buscaría sancionar ningún delito de tipo sexual, pues éstos estarían todos definidos en otros artículos del Código Penal; por último, dicho precepto penal supondría una desigualdad en cuanto a la edad de consentimiento a partir de la orientación sexual, ya que lo que se desprende del articulado, es que para los heterosexuales la edad de consentimiento estaría fijada en 14 años, mientras que para homosexuales esa edad sería 18 años. En ese sentido, señalan los honorables, el artículo 365 del Código Penal aparece, entonces, como un estigma contra miles de jóvenes con prácticas sexuales homosexuales o bisexuales, que impiden, obstaculizan e incluso sancionan con cárcel⁷¹.

Siguiendo esa línea, los parlamentarios autores del proyecto de ley indican que la existencia de dicha norma vulneraría entre otros cuerpos legales, la propia Constitución Política de la

⁶⁹ GARRIDO. Op. cit.p. 354.

⁷⁰Ibid. p. 355.

⁷¹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Redacción de Sesiones. Legislatura 357ª. Sesión 75ª. Jueves 3 de Septiembre de 2009. P. 56.

República, en particular, las garantías contenidas en el artículo 19 en los numerales 1 (derecho a la vida e integridad física y psíquica), 2 (igualdad ante la ley) y 4 (respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia). Así también, el artículo 365 del Código Penal infringiría otros cuerpos legales, como son la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de la ONU, la Resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de la OEA y la Declaración de Noruega, entre otros.

En definitiva, en palabras de los autores del proyecto de ley aquí comentado «la derogación del artículo 365 del Código Penal asegurará igualdad de derechos humanos para todos los jóvenes de nuestro país, sin impedir a unos, por su sola orientación sexual, el ejercicio de sus derechos sexuales reproductivos, de su amor y afectividad y que ya es una realidad más que clara.»⁷² Cabe señalar que el proyecto de ley se encuentra aún en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

7. El delito de sodomía en el derecho comparado

Los cambios son parte esencial en desarrollo de las sociedades, así es como actualmente numerosas legislaciones extranjeras han eliminado la criminalización de las relaciones homosexuales.

En España, en 1822 se publicó el primer código penal que establecía el delito de sodomía, que estuvo vigente hasta 1848 cuando desapareció la tipificación del delito a lo menos en el código penal (así siguió ocurriendo con los códigos posteriores), hasta que en 1928 se reintrodujo el delito nuevamente en código penal. Éste último cuerpo legal fue derogado en 1932, desapareciendo así la tipificación del delito de sodomía del código penal español.⁷³

El legislador italiano ha sido reacio a incluir leyes que condenen directamente la homosexualidad, sin embargo eso no ha impedido el establecimiento de normas discriminatorias hacia la población homosexual. Por ejemplo, en 1931 que se publicó un decreto que aprobaba medidas de limpieza que contra aquellas personas que pusieran en peligro la moral y las buenas costumbres, que fueron usadas en contra de los homosexuales.

⁷² CÁMARA DE DIPUTADOS. Redacción de Sesiones. Legislatura 357ª. Sesión 75ª. Jueves 3 de Septiembre de 2009. P. 57.

⁷³ El matrimonio homosexual en España es legal desde el año 2005.

Pero el actual código penal italiano (Código Rocco), vigente desde 1930, ha mantenido la postura de omitir la promulgación de normas que toquen el tema de la homosexualidad.⁷⁴

En Alemania, conocido es el periodo de persecución hacia la comunidad homosexual durante la Alemania nazi, que tenían como sustento una serie de leyes en contra de ésta minoría que permitieron dar muerte a miles de homosexuales alemanes en los campos de concentración. Fue en 1950 cuando se derogaron las normas que respaldaban dicha persecución, luego en 1968 y en 1969, tanto la Alemania oriental como la occidental se despenalizaron las relaciones homosexuales definitivamente, lo que se mantuvo durante la unificación alemana de 1994 hasta el día de hoy.

En Colombia, el último resabio de la tipificación del delito de sodomía se registra en el código penal de 1936, donde el artículo 323 sancionaba la consumación del acceso carnal homosexual independiente de la edad y consentimiento de las partes. Esta normativa estuvo vigente hasta el año 1981, donde el nuevo código penal Colombiano eliminó cualquier incriminación a las prácticas homoeróticas consentidas.

Brasil por su parte, fue el primer país de América en despenalizar los actos homosexuales consentidos. La homosexualidad es legal desde 1831, sin embargo, eso no impedía que se persiguiera a esta minoría sexual bajo los delitos de “libertinaje”, “pederastas” y otros.

⁷⁴ Esto no ha impedido que la legislación italiana contenga normas altamente discriminatorias hacia la población homosexual, por ejemplo existen leyes que permiten la discriminación orientación sexual al momento de postular a ciertos trabajos (Ingresar a las Fuerzas Armadas por ejemplo)

CAPÍTULO III: RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL 1683-2010

1. Análisis jurisprudencial: Causa Rol 1683-2010 del Tribunal Constitucional

Esta sentencia surge a raíz de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365, que fue iniciado en una causa que conocía el Tribunal de Garantía de Cañete. El Ministerio Público formuló la acusación contra el imputado como autor del delito contemplado en el artículo 365 del Código Penal, debido a que, en diciembre del año 2005, el imputado habría accedido carnalmente por vía anal al adolescente de sexo masculino, menor de 18 años de edad a esa fecha. Los argumentos del imputado frente a dicha solicitud de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad se basaban esencialmente en que:

«La aplicación del artículo 365 del Código Penal en la gestión sub lite, genera efectos contrarios a la Constitución, en cuanto vulnera la dignidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, la libertad, el derecho a la vida privada y a la intimidad, y el contenido esencial de los derechos, consagrados en los artículos 1º, inciso primero, y 19 n° 2º, 4º, 7º y 26º de la Carta Fundamental ; y en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.»⁷⁵

Respecto del contexto en que se presenta dicho requerimiento, el profesor José Fernández Cruz expone:

«Con la entrada en vigor de la Reforma de la Constitución Política de la República de 2005 y, en especial, con la nueva regulación del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este delito era firme candidato para ser expulsado de nuestro sistema penal. Así, el 13 de abril de 2010 la

⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 1683-10, 4 de enero de 2011, p. 1. Disponible en www.microjuris.cl

Defensoría Penal Pública presentó ante el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) un requerimiento de inaplicabilidad en la causa seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete contra Sepúlveda Álvarez. El 14 de octubre de 2010 la Defensora Nacional acompañó un informe en derecho, firmado por 14 profesores de derecho penal, sosteniendo la inconstitucionalidad del art. 365 del CP.»⁷⁶

A pesar de lo expuesto por el profesor, finalmente el Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento, principalmente justificando la afectación de los derechos enumerados por requirente, estableciendo que dicha vulneración se hace con ocasión de proteger la indemnidad sexual del menor de edad.

A continuación, realizaremos la tarea de exponer los argumentos en que el requirente basa su requerimiento y en segundo lugar se explicará respuesta del Tribunal Constitucional ante dichas alegaciones, para finalmente dar a conocer las razones de quienes creen que sí se debió declarar la Inaplicabilidad del artículo 365 del Código Penal debido a su inconstitucionalidad.

A. Vulneración al derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación arbitraria

El primer argumento del requirente que revisaremos será el que tiene como base la vulneración al artículo 1° de nuestra Constitución, así entonces se argumenta que al mantener la aplicación del artículo 365 del Código Penal se viola el principio de igualdad y la prohibición de discriminación arbitraria.

«En cuanto a la forma en que la aplicación del precepto impugnado al caso concreto resulta contraria a la Constitución, sostiene el actor que la aplicación del artículo 365 en la gestión pendiente genera abiertamente una discriminación arbitraria, pues se sancionará a su representado por una relación sexual con una persona de su mismo sexo menor de 18 y mayor de 14 años, libremente consentida y en que no concurren las circunstancias del

⁷⁶ FERNÁNDEZ, J. A. 2016. La constitucionalidad del delito de sodomía chileno en el nuevo contexto de la ley antidiscriminación y el caso Atala. [en línea] Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 20, 85-116. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.04> [consulta: 28 agosto 2018]

estupro o de la violación, pero no serán sancionadas penalmente las relaciones sexuales libremente consentidas entre un hombre y una mujer cuando cualquiera de ellos sea menor de 18 y mayor de 14; entre dos mujeres siendo una de ellas menor de 18 y mayor de 14, ni entre un hombre mayor de 18 y un hombre menor de dicha edad y mayor de 14, cuando sea este último quien acceda carnalmente.»⁷⁷

Así entonces el requirente comienza estableciendo cómo la aplicación del artículo en cuestión implica una discriminación arbitraria. Argumenta que en el caso existe una persecución a una minoría, puesto que solo se sanciona la homosexualidad masculina, no considerando el legislador la homosexualidad femenina, no pudiendo justificarse dicha diferenciación. Lo que entiende el requirente es que al establecerse diferencias basadas en aspectos subjetivos de la persona se está frente a una discriminación arbitraria, sobre todo si se considera que no existe un fundamento contundente que la justifique. La sanción penal que tiene como único precedente la orientación sexual del individuo cae, por tanto, en una discriminación prohibida por nuestra Constitución.

«El recurrente propone aquí como garantía esencial, la igualdad, la cual no puede ser entorpecida por consideraciones estrictamente personales o de carácter subjetivo, a menos que se tengan muy buenas razones para ello. La igualdad, como valor fundamental, tiene como presupuesto, el respeto de las diferencias entre las personas, haciendo inviable cualquier pretensión de uniformidad; el no respeto de dichas diferencias inherentes a la condición humana, pueden constituir discriminación arbitraria.»⁷⁸

El Tribunal Constitucional por su parte argumenta que no existe una discriminación arbitraria en la aplicación y existencia del artículo 365, toda vez que en este caso la diferenciación se puede justificar, esencialmente porque el derecho nacional admite tratos especiales tratándose de menores de edad, sobre todo en lo que respecta a delitos sexuales donde niños, niñas y adolescentes puedan verse involucrados. En este caso el trato diferenciado se justifica debido a la finalidad de la norma, pues ésta busca la protección de la indemnidad sexual del menor, es decir, lo que se quiere es resguardar es la esfera sexual del joven de

⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N° 1683-10, 4 de enero de 2011, p. 6. Disponible en www.microjuris.cl

⁷⁸ ZAPATA, F. Op. cit. p. 98.

un posible daño o alteración que en el futuro le impida desarrollarse normalmente. Expresa el Tribunal Constitucional que frente a la vulnerabilidad física y mental del adolescente éste no es capaz de comprender el daño que una relación homosexual le puede ocasionar en su desarrollo sexual:

«Además, tratándose la sodomía de un delito de mera actividad, cuya anti juridicidad radica en la posición desmedrada en que la conducta realizada deja al menor discurre justificadamente el legislador al estimar que la penetración que sufre no puede ser un episodio inocuo o baladí para éste, sino que, por el contrario, lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual.»⁷⁹

Si bien las relaciones homosexuales libremente consentidas no están penadas entre varones adultos, se justifica según el Tribunal Constitucional esta diferenciación teniendo en especial consideración la edad y madurez del adolescente, ya que debido a su minoría de edad el Estado debe prestarle una protección especial. Lo anterior puesto que:

«El legislador ha entendido que dicho consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, pues aquél no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar.»⁸⁰

Además el Tribunal Constitucional agrega que no puede llegarse jamás a la conclusión de que exista en la norma una discriminación arbitraria o carente de razonabilidad, ya que la norma encuentra su fundamento en los principios del interés superior del niño, que están contemplados en tratados de derecho internacional que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, todo esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° de la Constitución, y que por ello obligan a los órganos del Estado, incluyendo por cierto al legislador.

Luego, con relación al argumento del requirente de que el artículo 365 vulneraría la igualdad debido a que existe una discriminación por sexo, ya que no se penalizan las relaciones homosexuales libremente consentidas entre mujeres, el Tribunal establece que la conducta sancionada solo la pueden realizar los hombres, las mujeres no pueden acceder

⁷⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 1683-10, 4 de enero de 2011, p. 26. Disponible en www.microjuris.cl

⁸⁰ Ibid.

carnalmente, por lo mismo el daño ocasionado no puede ser el mismo. Según el tribunal la penetración anal es el hecho que ocasiona un daño al menor:

«en consecuencia, la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones.»⁸¹

B. Vulneración del derecho a la libertad

El segundo argumento del requirente es aquel que afirma que la aplicación del artículo 365 implica una vulneración al derecho a la libertad establecido en el artículo 19 n°7 de nuestra Constitución. Explica el requirente que dentro del derecho a la libertad se incluye el derecho a la autodeterminación sexual, siendo el Código Penal el encargado de sancionar aquellos delitos sexuales que atenten contra dicha libertad. Es por ello que tanto los miembros de la sociedad, como los órganos del Estado, deben respetar el derecho en cuestión. En el caso en estudio el legislador no solo debe establecer los medios para sancionar las violaciones a dicha libertad sexual, sino que además debe ser capaz de tolerar determinadas conductas sexuales, ya que el individuo es quien debe decidir libremente lo que le parezca apropiado para llevar a cabo una vida sexual plena. Todo esto, mientras en el ejercicio de su derecho no afecte las libertades del resto de la sociedad, situación que en el caso en particular no ocurre, ya que el presupuesto de la norma en estudio establece que debe existir consentimiento mutuo en el acto de acceso carnal. Como bien lo explica Francisca Zapata:

«la autodeterminación sexual termina siendo restringida por el estado en la medida que sanciona una conducta sexual que es consentida en todo momento; de hecho, el consentimiento es requisito para que se configure el delito. A partir de dicha lógica, vemos que la libertad sexual no es afectada con la conducta del 365, sino más bien con el constreñimiento estatal a no cometerla.»⁸²

El Tribunal Constitucional por su parte considera que el artículo 365 del Código Penal no implica una vulneración al derecho a la libertad consagrado en nuestra Constitución, ya que este derecho no incluye la libertad sexual del individuo, sino que sólo implica el derecho a la

⁸¹ Ibid. p. 32.

⁸² ZAPATA, F. Op. cit.p. 92.

libertad ambulatoria, y que así se entendió durante la discusión que se dio durante la redacción de la Carta Fundamental:

“se observa, en primer lugar, la existencia de consenso en el sentido de que la libertad personal consagrada en el numeral 7° del artículo 19 de la Constitución Política debe ser entendida como libertad ambulatoria. Pese a las discusiones sobre la posibilidad de que la garantía en comento fuera ampliada a otras esferas jurídicas, más allá de la libertad de locomoción, ésta fue la posición que finalmente predominó en la redacción de la Carta Constitucional, marcando una diferencia con otros ordenamientos constitucionales del mundo.»⁸³

Es más, el Tribunal es categórico en afirmar que desde su punto de vista el constituyente del año 1980 no entendió el derecho a la libertad personal como comprensivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni menos de la autodeterminación sexual. En cambio, afirma, que el desarrollo de la personalidad constituye expresión, o forma parte, de la dignidad de toda persona, consagrado entonces en el artículo 1° de la Constitución. Sin embargo, mirado desde este punto de vista, el Tribunal afirma que tampoco puede entenderse que el libre desarrollo de la personalidad constituya un fundamento plausible para pasar a llevar los derechos de otros individuos, en este caso los derechos del menor accedido carnalmente. Así entonces expresa el Tribunal que:

«Quien practica el acceso carnal definido por el artículo 365 del Código Penal puede estar desarrollando libremente su personalidad, pero no puede desconocer que, al proceder de esa forma, se constituye en la causa de afectación de la indemnidad de un menor de edad y de su desarrollo psicosocial, que éste no es capaz de dimensionar en toda su magnitud al prestar su consentimiento voluntario.»⁸⁴

C. Vulneración de la dignidad humana

El requirente expone un tercer argumento, que consiste en que el artículo 365 y su aplicación involucran una vulneración a la dignidad humana:

⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol 1683-10, 4 de enero de 2011, p. 44. Disponible en www.microjuris.cl

⁸⁴ Ibid. p. 46.

«Señala el actor que el artículo 1° de la Constitución reconoce la dignidad de la persona humana como valor constitucional básico y que ello implica reconocer a todas las personas su ejercicio, lo que tiene un correlato en todos los ámbitos de la vida, incluyendo el ejercicio de la sexualidad.»⁸⁵

El Tribunal Constitucional por su parte rechaza lo afirmado por el requirente. Explica que, si bien es cierto que el libre desarrollo de la personalidad constituye una expresión de la dignidad de toda persona, esto no implica que en su ejercicio se puedan pasar a llevar derechos de otros individuos:

«no puede colegirse que el libre desarrollo de la personalidad constituya fundamento legítimo para atropellar los derechos de otros seres humanos igualmente dignos. Éste es, precisamente, el basamento constitucional del derecho penal. Lo que éste trata de resguardar son bienes jurídicos asociados a derechos de las personas que pueden verse atropellados por la libre expresión de la personalidad de quien decide actuar en contra del estándar socialmente deseable para una convivencia pacífica y civilizada.»⁸⁶

Lo que hace el Tribunal Constitucional es recalcar nuevamente la idea de que la libre expresión de la personalidad de los humanos reconoce límites, siendo en este caso el Derecho Penal el encargado de establecerlos. En el caso en particular:

«quien practica el acceso carnal definido por el artículo 365 del Código Penal puede estar desarrollando libremente su personalidad, pero no puede desconocer que, al proceder de esa forma, se constituye en la causa de afectación de la indemnidad de un menor de edad y de su desarrollo psicosocial, que éste no es capaz de dimensionar en toda su magnitud al prestar su consentimiento voluntario.»⁸⁷

D. Vulneración del derecho a la privacidad

El requirente expresa que la autodeterminación sexual puede considerarse como parte del derecho a la privacidad y que, en este caso, al sancionarse una conducta homosexual libremente consentida, se estaría invadiendo la privacidad del individuo. Explica el requirente que el derecho a la privacidad posee un carácter defensivo, que implica que terceros pueden

⁸⁵ Ibid. p. 2.

⁸⁶ Ibid. p. 45.

⁸⁷ Ibid. p. 46.

verse excluidos de ámbitos de la vida que el interesado no desea que sean conocidos, y menos que dichos ámbitos sean intervenidos por el Estado.

«lo que el Estado considere como conducta Sexual culturalmente aceptable es algo que queda entregado a la moral social (...) la tipificación de las prácticas homosexuales consentidas implica un atentado a la privacidad. (...) 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 de los derechos fundamentales es inexistente.»⁸⁸

Además, argumenta que no solo al momento de tipificarse el acto sexual como delito se estaría invadiendo la privacidad de la supuesta víctima y del imputado, sino que también durante el proceso penal, ya que ambos involucrados deberán dar a conocer detalles de su intimidad, y que, si esto hubiese tenido lugar entre un hombre y una mujer, no se verían obligados a exponer su vida sexual.

«Lo anterior, se refiere a la idea primordial de que no es conveniente, conforme a la ley, que la sexualidad, como parte de un ámbito personalísimo de la vida de las personas, sea puesta a disposición de la discusión pública (por ejemplo, al ser ventilado en un proceso penal si la conducta corresponde a la del artículo 365).»⁸⁹

El Tribunal Constitucional rechaza la argumentación del requirente, aduciendo que los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites, ya sea por la propia naturaleza del derecho, o bien porque el legislador o constituyente, han estimado que es necesario preservar ciertos valores, de interés social, por sobre los del individuo. Tratándose del derecho a la privacidad, existen en este caso en particular dos hipótesis donde se pueden ver afectado el derecho y, sin embargo, no se contravendría la Constitución. En primer lugar, se admite la intromisión estatal en la vida privada cuando se trate de hechos delictuales, y, en segundo lugar, cuando existe la necesidad de proteger un bien jurídico superior.

Así entonces, el Tribunal entiende que es necesario inmiscuirse en la vida privada del imputado debido a que está cometiendo un delito y, por otro lado, también estaría permitido entrometerse en la vida del menor, puesto que existe un bien jurídico superior.

⁸⁸ Ibid. p. 4.

⁸⁹ ZAPATA, F. Op. cit. p. 92.

«Que, en vista de una finalidad fundada y razonable, el ordenamiento jurídico chileno contempla la posibilidad de que el derecho a la privacidad esté afecto a limitaciones legales. En el caso de autos, (...), el artículo 365 del Código Penal fue dictado con la importante finalidad de resguardar la integridad física, síquica y espiritual del adolescente, como es el caso del menor A.M.M.A. víctima en la especie, del delito contemplado en el referido precepto legal. En ese contexto, la protección de la privacidad cede frente a un menor de edad que no tiene la madurez ni la capacidad suficiente para ponderar las consecuencias de una conducta que pugna con la actual escala de valores preponderante en la sociedad chilena –según se desprende del debate parlamentario- y, por lo mismo, puede ocasionar dificultades, problemas y conflictos a lo largo de toda su vida personal y social.»⁹⁰

Así es como el Tribunal desecha el argumento en cuestión, una vez más basándose en que los derechos reconocidos por la Carta Fundamental no son absolutos y que admiten limitaciones.

2. Análisis constitucional del artículo 365 del código penal: el delito de sodomía como norma transgresora de la constitución

A. Como constitutivo de discriminación arbitraria

El artículo 1° de nuestra Constitución establece que «las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Por su parte, en el artículo 19 n° 2 se asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, indicando que hombres y mujeres son iguales ante la ley. En dichos artículos se reconoce por el constituyente el principio de igualdad ante la ley, principio que debe ser respetado por el Estado y sus instituciones. Dicho principio, por lo demás, se reconoce en distintos tratados internacionales reconocidos por nuestro país.⁹¹

⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Op. cit. p. 38.

⁹¹ A saber, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1 sostiene que el Estado debe respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, señala enseguida “sin distinción alguna de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. La Convención Americana por su parte, en su artículo 1.1 establece que el Estado se compromete respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado sin discriminación. La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 45, prohíbe la discriminación en razón de sexo. La Carta de Derechos Fundamentales de la

Nuestra tarea no es centrarnos en la explicación de cómo en Chile se reconoce o no el principio de igualdad ante la ley, sino más bien argumentar de cómo, a nuestro parecer y de la doctrina, el artículo 365 del Código Penal infringe dicho principio.

a. Discriminación arbitraria

Como bien se ha establecido, la garantía jurídica de la igualdad no prohíbe la discriminación, así como tampoco impide que la legislación regule en forma distinta situaciones diferentes. Lo primordial es que la discriminación no tenga detrás un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas. Ha sido establecido por el mismo Tribunal Constitucional que si bien el legislador tiene las facultades para establecer regímenes desiguales, dichos regímenes no se pueden caracterizar como arbitrarios.⁹²

En el caso que nos convoca, es pertinente hacer notar que el Tribunal Constitucional ha establecido dos posturas distintas, ya que por una parte ha defendido la idea de que se incurre en discriminación arbitraria cuando se establecen diferencias únicamente en razón del sexo, por ejemplo. De hecho, en la sentencia de la causa Rol N° 1710, cita la siguiente frase:

«el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital.»⁹³

Si bien en este caso el Tribunal Constitucional se refirió a la discriminación por sexo, creemos que también es posible realizar esa afirmación respecto de la discriminación por

Unión Europea enfatiza en eliminar la discriminación en todas sus formas, con especial énfasis cuando se hace por razones de sexo u orientación sexual.

⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N°986 y Rol N°1414.p. 74.

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N°1710. P 76.

orientación sexual, siendo por tanto arbitraria cualquier discriminación que se base en la orientación sexual del individuo.

Pero, por otro lado, el Tribunal Constitucional también ha expuesto que la discriminación basada solo en razón del sexo no basta para catalogarla como discriminación arbitraria, pues ésta perfectamente puede perseguir un fin legítimo:

«las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco *prima facie* arbitrarias, siempre que respondan a una finalidad razonable. Por tanto, se exige como presupuesto para su aplicación la concurrencia de un presupuesto: que la finalidad perseguida por el legislador sea legítima.»⁹⁴

El profesor José Fernández Cruz ahonda en esta última idea y explica que la justificación debe recaer sobre la finalidad y efectos de la norma. Lo anterior se logra con un ejercicio simple que implica ver la relación de proporcionalidad entre los medios empleados por la norma y la finalidad perseguida por ésta.⁹⁵

A nuestro parecer, independiente de la postura que se tome, en el caso del artículo 365 del Código Penal, en ambos análisis se puede llegar a la conclusión de que se está frente a una discriminación arbitraria. Puesto que «el único criterio utilizado por el legislador para efectuar el tratamiento diferenciado es el sexo y la orientación sexual de los intervinientes en el acto.»⁹⁶

b. Categorías sospechosas

En el primer análisis se recurre al método estadounidense, que consiste en el juicio estricto de Constitucionalidad. Este juicio estricto parte de la idea base de que la presunción de constitucionalidad no opera respecto de todas las normas, debido a que estas últimas pueden ser alusivas a “contextos o categorías sospechosas” de vulnerar derechos fundamentales. En estos casos se debe justificar y fundamentar la existencia de la norma, es decir, se debe probar su constitucionalidad, ya que, por la sola existencia o referencia a la categoría sospechosa, desaparece la presunción de constitucionalidad. Por lo tanto, la prueba se invierte, y entonces será el Estado quien debe demostrar que la norma no es contraria ni vulneradora de los derechos fundamentales. Dentro de estas categorías o contextos

⁹⁴ FERNÁNDEZ CRUZ. Op. cit. p. 94.

⁹⁵ Ibid. p. 93.

⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N°1683-10. p. 75.

sospechosos se encuentra la orientación sexual⁹⁷, y por tanto es el Estado el encargado de defender “con razones muy poderosas” la existencia de la norma discriminatoria, y concluir por tanto que la discriminación en alusión a la categoría sospechosa no es arbitraria.

“El sexo y la orientación sexual –utilizados por el precepto legal en comento– constituyen “categorías sospechosas” que invierten la presunción de constitucionalidad de todo precepto legal (...) Por otra parte, tal tratamiento resulta exigido si se considera que las denominadas “minorías sexuales” han sido históricamente objeto de un trato discriminatorio e incluso vejatorio tanto por parte de los individuos como del Estado.»⁹⁸

Para que la existencia de una norma que es alusiva a una “categoría sospechosa” se pueda justificar, es necesario que el Estado pruebe que ello es imperioso para la obtención de la finalidad perseguida. El objetivo perseguido por la norma debe ser de notoria relevancia social, y ésta debe ser la alternativa menos restrictiva que los derechos constitucionales puedan experimentar. En el caso en particular, el Tribunal Constitucional no ha entregado argumentos suficientes que permitan entender la existencia del artículo 365 del Código Penal, en especial teniendo en consideración que penalmente se estableció en 14 años la edad mínima para tener relaciones sexuales en el contexto de una relación heterosexual, y, por ende, cualquier norma que prohíba otra clase de relación sexual es propensa de violar el derecho a la igualdad resguardado por nuestra Constitución.

c. Análisis de proporcionalidad

De acuerdo con una segunda postura, lo primero que se debe determinar es el fin de la norma, y luego analizar si se trata de un fin legítimo constitucionalmente. El Tribunal Constitucional ha expuesto que en el caso del Artículo 365 del Código Penal lo que se busca es proteger la indemnidad sexual del menor, todo esto teniendo como telón de fondo el interés superior del niño. Sin embargo, en su argumentación sólo ha expuesto dicha idea, sin

⁹⁷ «Se ha manifestado el Comité Europeo de Derechos Humanos, determinando que la orientación sexual se comprende en la referencia al sexo como categoría sospechosa de discriminación efectuada en el artículo 2 de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte y a mayor abundamiento, la “orientación sexual” se identifica como una categoría sospechosa en diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, tal como lo han señalado diversos organismos internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas respecto del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que al enunciar las categorías prohibidas para fundar una discriminación, reconoce la orientación sexual como comprendida dentro de la expresión “cualquier otra condición social”». Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°1683-10. Voto minoría. p. 77.

⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Op cit. p. 75.

justificar más allá sus dichos.⁹⁹En este punto, resultan ilustrativas, certeras y concluyentes las palabras del profesor Fernández Cruz:

«La supuesta finalidad del art. 365 CP, si entendemos que estamos ante menor, radicaría en la protección de su indemnidad sexual en contraposición de su libertad y autonomía sexual. Ahora bien, esta finalidad desaparece cuando se ha alcanzado la mayoría de edad sexual que, recordemos en nuestro sistema penal comienza a los 14 años, salvo que concurra algunas de las causales del delito de estupro Por tanto, como el art. 365 CP castiga relaciones sexuales libremente consentidas, entonces la indemnidad sexual, como una manifestación del principio de interés superior, no puede constituir la finalidad perseguida, porque, precisamente, no existe realmente una indemnidad sexual que proteger. Recordemos que tampoco la sentencia del TC justifica por qué un menor homosexual hombre requiere de una especial protección penal en contraposición de los menores heterosexuales y lesbianas. Entonces ¿cuál es la finalidad perseguida? Pareciese que nos encontramos ante la protección de una determinada moral sobre la sexualidad.»¹⁰⁰

Establecido que lo que se busca proteger es una determinada percepción moral, o para ser más específicos, dando por sentado que lo que lo que se quiere proteger es la moralidad sexual que cierto grupo de individuos ha querido imponer al resto de la sociedad, lo que sigue es verificar si esta finalidad se encuentra prohibida o no por nuestra Constitución Política de la República. En este caso en particular, el constituyente ha prohibido la imposición de normas que tengan por finalidad resguardar ciertas pautas morales y, por lo tanto, sancionar conductas catalogadas como inmorales y que no dañan a terceros. No es entendible que en estado democrático se sancionen determinadas conductas cuya única justificación se basa en la orientación sexual de quienes las manifiestan. Los individuos son libres para llevar a la práctica aquellos hechos que signifiquen la realización de sus ideales de vida, extendiendo aquello a la esfera sexual, siempre y cuando no transgreda efectivamente intereses sociales o individuales válidamente protegidos por nuestro legislador.¹⁰¹ Establecido que el verdadero interés protegido por el artículo 365 del Código

⁹⁹ La doctrina penal nacional ha discutido ampliamente respecto de cuál es la respuesta a la interrogante, sin embargo, no es nuestra tarea ahondar en dicho tema en específico.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ CRUZ. Op. cit. p. 94.

¹⁰¹ Ibid. p. 96.

Penal está prohibido en la Constitución, ya no es necesario realizar el examen de proporcionalidad, pues dicho análisis se realiza solo cuando el interés protegido está permitido por nuestra Constitución. Así entonces, al estar prohibida la finalidad del artículo 365, en ningún caso podría estimarse la sanción y el artículo en sí como idóneos para justificar dicha finalidad.¹⁰²

d. Como norma discriminatoria y vulneratoria del derecho a la igualdad

De acuerdo con lo que hemos expuesto, el artículo 365 del Código penal, sanciona el acceso carnal por parte de un varón a un joven menor de 18 y mayor de 14 años. Se excluyen así de dicha punibilidad los siguientes casos: en primer lugar, no se sanciona el acto de acceso carnal cuando es un varón el que accede a una mujer mayor de 14 y menor de 18. Luego, tampoco se sanciona el acto si es el menor de 18 años quien accede a un hombre mayor de

¹⁰² «Pues bien, el art. 365 CP, después de desenmascarar su verdadera finalidad, sería uno de los denominados casos fáciles en el control de constitucionalidad de una ley penal: está proscrito el castigo de conductas cuyo fundamento se centre exclusivamente en la orientación sexual. No existe ninguna razón de principios ni tampoco ninguna evidencia empírica que muestre que estas conductas generen una lesión o puesta en peligro de la indemnidad sexual respecto de la misma conducta realizada por heterosexuales. Realmente no existe una vulneración del bien jurídico protegido (la indemnidad sexual del menor) que, por cierto, se encuentra profusamente protegido por los delitos de violación impropia, estupro, abuso, producción y comercialización de material pornográfico infantil, favorecimiento a la prostitución de menores, entre otros. Una importante regla dogmática se deriva de una prohibición constitucional definitiva. Así, y de acuerdo, con el sistema escalonado del juicio de proporcionalidad, si se constata que nos encontramos ante una finalidad prohibida constitucionalmente no debe continuarse con la aplicación de los sub principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto y, en general, debe evitarse soslayar esta prohibición con una suerte de ponderación. (...) No obstante, si aceptamos, no sin cierto sonrojo, que el art. 365 CP persigue una finalidad legítima, entonces debemos pasar a dirimir si esta injerencia en los derechos fundamentales resulta idónea, necesaria y proporcionada a esta pretendida finalidad. En cuanto al juicio de idoneidad, debemos preguntarnos si el castigo de una relación sexual consentida conlleva a alguna contribución positiva al logro del fin legislativo, aunque esta sea mínima o parcial. Si partimos del hecho de que un adecuado y libre desarrollo de la sexualidad de los menores, pero sexualmente mayores de edad, forma parte también del principio del interés superior del menor, entonces el castigo de este no puede considerarse un medio idóneo desde ningún punto de vista. El juicio de necesidad se pregunta si existe una medida, al menos, de una misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin constitucionalmente legítimo y, que, a la vez, conlleve un menor menoscabo en los derechos fundamentales. Existen, por supuesto, medidas alternativas igual de idóneas y menos intrusivas en los derechos fundamentales, como, por ejemplo, la imposición de un tratamiento médico o terapéutico destinado a curar la homosexualidad del hombre infractor. Pero, por supuesto, tal medida, aplicada en otros tiempos, es considerada también inadmisibles y prohibida. Por último, en cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, la aplicación de una pena privativa de libertad con los efectos directos o latentes que esta conlleva, resulta gravemente desproporcionada, no solo en cuanto a la restricción de libertad que conlleva la aplicación de una pena, sino también respecto a la restricción de libertad que presupone todo injusto penal. Y, a mi entender, sería el único camino posible que le cabría al TC, si mantiene su comprensión del mandato de no discriminación por razón de orientación sexual como un principio sometido al juicio de razonabilidad.» FERNÁNDEZ CRUZ. Op. cit. p. 97.

edad. En tercer lugar, no se castiga la conducta homosexual entre mujeres, ni mayores de edad, ni entre 14 y 18 años de edad. Y, por último, no se sanciona aquel caso en que un hombre o mujer introduce en el ano de un hombre o mujer mayor de 14 y menor de 18 años, un objeto similar a un pene. Sólo se sanciona el acceso carnal, que como se explicó anteriormente la doctrina argumenta que sólo el varón puede biológicamente acceder carnalmente.

Lo anterior genera, a nuestro parecer, una discriminación que no se justifica, puesto que el precepto sanciona cierto comportamiento sexual, que practicado entre sujetos diferentes, pero en situaciones similares, no es punible en nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, existe una clara discriminación respecto de la edad en que el legislador ha establecido el consentimiento sexual a una mujer en comparación al hombre. Esto debido a que no se sanciona aquel caso donde es una mujer entre 14 y 18 años la que es accedida carnalmente por varón mayor de edad, en este caso «el consentimiento de la mujer (...) excluye la punibilidad de quien interactúa con ella. El consentimiento del hombre menor de 18 pero mayor de 14 años al acceso carnal, por el contrario, deja intacta la punibilidad de quien interactúa con él. Se trata pues, de una severa diferenciación en el tratamiento jurídico penal de unas y otras acciones sexuales, que no solo restringe la autonomía de quienes intervendrían en el acceso carnal del menor desempeñando el papel activo, sino también del propio menor, por declarar irrelevante su consentimiento.»¹⁰³A nuestro parecer, ni el legislador ni el voto de mayoría del Tribunal Constitucional han podido justificar esta diferenciación. Han argumentado en el sentido de que se busca proteger la indemnidad sexual del menor al que se accede carnalmente, expresando que la penetración anal produce un impacto en el desarrollo psicosocial del menor. Sin embargo, el precepto en particular no sanciona la penetración anal a una mujer entre 14 y 18 años, siendo que perfectamente dicho acceso carnal puede resultar dañino para la indemnidad sexual de la mujer menor adulta. Se ha señalado que no se sancionó debido a que dicho supuesto estaría cubierto por el delito de estupro. Entonces, la pregunta que surge es ¿Por qué sigue vigente el artículo 365, siendo que el delito de estupro también cubre el supuesto en el caso de que la víctima sea un varón?¹⁰⁴ A nuestro parecer, el artículo 363 n°4 del Código Penal comprende perfectamente el supuesto que el artículo 365 penaliza.

¹⁰³ Informe en Derecho.p. 100.

¹⁰⁴ La ley 19.617, publicada en el Diario Oficial el 12 de julio de 1999, modificó el artículo 363 del Código Penal. Durante la discusión de la norma se tuvo en especial consideración que las víctimas de

En segundo lugar, si bien el Tribunal Constitucional trata de justificar la subsistencia del artículo 365, basándose en la intención del legislador de proteger la indemnidad sexual del menor, lo cierto es que de la Historia de la Ley¹⁰⁵, se desprende algo totalmente distinto:

«Del examen de la historia fidedigna del establecimiento de la ley 18.917 se desprende inequívocamente que el legislador consideraba que el acceso carnal homosexual constituía “una falta ética”, algo que “no es normal”, una “relación anormal, “un delito en cuanto implica la realización de un acto contra la naturaleza”, “un acto intrínsecamente negativo”, “algo malo”, “una

los atentados sexuales no sólo eran mujeres, sino que también hombres. Es por ello que, en respeto de la norma constitucional que consagra el derecho a la igualdad, se amplió el campo del sujeto pasivo, así entonces se estableció que las víctimas de estupro puede ser cualquier persona, indistintamente de su sexo. El artículo 363 del Código Penal hoy en día es el siguiente: “Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno. 2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral. 3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima. 4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

¹⁰⁵ Durante la discusión de la ley 19.617, la diputada Señora María Angélica Cristi argumentaba en favor de mantener el artículo 365, expresaba que a su parecer: «se hace necesario mantener alguna forma de intolerancia frente a conductas que, al menos, merecen una sanción social, básicamente como una forma de prevenir en nuestro país la aparición de un homosexualismo militante, como ha sucedido en otros, y que con cierta agresividad se organiza y exhibe, iniciándose, de esta forma, una especie de escalada de exigencias para lograr concesiones jurídicas de relaciones anormales» (Historia del Establecimiento de la Ley 19.617, p. 74). El entonces diputado Iván Moreira, defendía la misma idea. Su argumento quedó plasmado en la historia de la ley de la siguiente forma: «La sodomía es una conducta anormal y antinatural. Aquí radica la razón de fondo para oponerse a su despenalización, que se traduce en una serie de consideraciones. La ley no le puede dar patente de normalidad a una relación que naturalmente no lo es. Se produce una evidente relajación de los criterios morales en la sociedad cuando en la práctica se le da el mismo valor legal a las relaciones homosexuales que a las naturales entre un hombre y una mujer. La gente común tiende a pensar que cuando algo se despenaliza, se legitima; luego, en este caso particular, se dirá que se legitimó la sodomía. Si, por el contrario, se estima que las conductas homosexuales no son anormales, como lo afirman los homosexuales al reclamar sus derechos, no vemos por qué razón no comenzamos desde ya a buscar una solución jurídica global en el planteamiento de este problema. Si las conductas homosexuales son naturales y somos coherentes con eso, lo lógico es permitir que se puedan casar libremente, que puedan adoptar hijos, ya que naturalmente no los pueden tener, y otorgarles todos aquellos derechos que se les reconocen a los hombres y a las mujeres. Estas serían las consecuencias, y ciertamente no las queremos» (Historia del Establecimiento de la Ley 19.617, p.83). Por último, y solo en modo de ejemplo, citamos el argumento del entonces diputado René Manuel García, donde llamaba a rechazar la derogación del artículo 365 del Código Penal: «Por lo tanto, votemos en conciencia, y votemos por lo que creemos que es lo mejor para la sociedad: proteger las buenas costumbres, la moral y a nuestros hijos de esta lacra de la sociedad que es la homosexualidad, y así evitaremos las campañas del sida, las infecciones que ha provocado, y todo este castigo que Dios ha impuesto, prácticamente, a toda la comunidad homosexual del mundo»(Historia del Establecimiento de la Ley 19.617, p. 90).

conducta que es naturalmente desviada (sección 5.4). Dada la ausencia de una justificación racional y objetiva de la mayor necesidad de protección de los hombres adolescentes en comparación con las mujeres adolescentes, debe deducirse que fue esta consideración lo que motivó al legislador a establecer la diferencia en cuanto a la edad de consentimiento del menor. El propósito del legislador refleja inequívocamente una actitud negativa de la mayoría heterosexual respecto de la minoría homosexual. En otras palabras, se trata de un acto legislativo de manifiesta discriminación por razón de orientación sexual. Eso infringe la prohibición de discriminación del artículo 19 n°2 de la Constitución.»¹⁰⁶

A nuestro parecer, la intención de nuestros legisladores no se centraba precisamente en destacar la conveniencia de mantener el artículo 365 para fines de proteger la indemnidad sexual del menor, sino que de la Historia de la Ley cuyo análisis denota una intención totalmente distinta, la intención egoísta de excluir de nuestra sociedad a un grupo de personas, de privarles de ciertos derechos, de segmentarlos.¹⁰⁷ (Sobre este punto se volverá más adelante, donde desde el punto de vista penal analizaremos el bien jurídico protegido por el artículo 365).

En tercer lugar, discriminar y excluir de esa forma a un grupo de individuos, basándose en convicciones morales y prejuicios históricos hacía la homosexualidad masculina, se relaciona directamente con lo que se entiende por discriminación arbitraria. Como se explicó anteriormente, el Tribunal Constitucional intenta justificar la discriminación, sosteniendo que el fin de la norma es la prevención de un supuesto daño irreparable al menor al que se accede carnalmente. «Discurre justificadamente el legislador al estimar que la penetración que sufre no puede ser un episodio inocuo o baladí para éste, sino que, por el contrario, lo

¹⁰⁶ Informe en Derecho. Op. cit. p. 100.

¹⁰⁷ «Como parte integrante del fin de discriminación por razones de orientación sexual merece particular atención el propósito específico de bloquear un eventual proceso social de reconocimiento de la igualdad de las orientaciones sexuales minoritarias mediante el establecimiento-o mantención-de una norma penal. Es inequívoco que parte considerable de quienes votaron a favor del proyecto propuesto por la comisión mixta, que incluía el nuevo artículo 365 propuesto por la Cámara de Diputados lo hicieron con ese fin preciso. En especial, los senadores que en segundo trámite constitucional se opusieron a la sustitución del inciso primero del artículo 365 a ese entonces vigente y que terminaron aprobando dicha sustitución en los términos propuestos por la Comisión Mixta, lo hicieron bajo la convicción de que de ese modo lograban mantener en el sistema jurídico, aunque parcialmente, el carácter prohibido de la homosexualidad. Ya la razón de su interés en ello era bloquear reclamos de reconocimiento judicial de las orientaciones sexuales minoritarias.» (Informe en Derecho. Op. cit. p. 101)

determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual»¹⁰⁸ Sin embargo el legislador no le da el mismo trato a la penetración vaginal, anal o bucal, de un hombre a una mujer de entre 14 y 18 años de edad. Y tampoco le da el mismo trato a una relación heterosexual, donde un hombre de entre 14 y 18 años accede carnalmente a una mujer. ¿Acaso aquellas actividades sí resultan inocuas para él o la menor de edad? ¿acaso no influye en la indemnidad sexual de un varón homosexual, de entre 14 y 18 años, que éste tenga relaciones sexuales con una mujer? En este último caso ¿no podría ocasionar que este menor que ya se asumió homosexual, revierta su decisión u opción sexual? ¿no es esto acaso algo que “lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual”? A nuestro parecer, ni el Tribunal Constitucional ni el Legislador han podido dar respuesta a estas preguntas, ya que los argumentos esgrimidos por ambos órganos, reflejan fuertemente el rechazo moral hacia una práctica sexual como es la penetración anal entre dos hombres.

Tanto es así, que la califican como un hecho que “no puede resultar inocuo”, lo ven como una amenaza, que provocaría que un hombre heterosexual “se incline” por la homosexualidad. Porque no es importante para el legislador si una mujer lesbiana, de entre 14 y 18 años, es la que luego de una penetración se inclina por personas de distinto sexo. Tampoco importa si es un hombre homosexual de entre 14 y 18 años, quien luego de penetrar a una mujer, se inclina por las relaciones heterosexuales. Lo que resulta dañino para el legislador y el Tribunal Constitucional es que un hombre, en pleno crecimiento y conocimiento sexual, se incline libre y espontáneamente por personas de su mismo sexo.¹⁰⁹

¹⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N°1683-10, 4 de enero de 2011, p. 26.

¹⁰⁹ Ilustrativas y esclarecedoras son las palabras del profesor Antonio Bascuñán al referirse al supuesto daño al que se encuentra expuesto el menor frente a una relación homosexual. El profesor critica duramente la postura del Tribunal Constitucional de la siguiente forma: «¿En qué consisten esos “efectos, incluso físicos” que irrogan “daños o perjuicios al desarrollo psicosocial” a los que alude el voto de mayoría? La sentencia nunca responde derechamente esa cuestión, sino que se refiere al punto incidentalmente en tres considerandos: (i) describe el acto como una conducta que deja al menor “en una posición desmedrada”, por lo que constituye un “episodio [...] que lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual” (cons. 28°); (ii) afirma que el hecho de que el menor juegue un papel pasivo constituye “un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual” (cons. 31°); (iii) sostiene que la penetración anal produce un “impacto [...] en el desarrollo psicosocial del menor varón [...] que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones” (cons. 33°). Como se puede ver, el voto de mayoría oscila entre considerar a la penetración anal como un acto intrínsecamente degradante para quien recibe la penetración y considerarlo como un acto inherentemente dañino (o peligroso) para el desarrollo psíquico de la persona que recibe la penetración, cuando esa persona es menor de 18

«Considerar como dañinos per se el desencadenamiento o la intensificación de la condición o la inclinación homosexual implica incurrir en discriminación por razón de orientación sexual. (...)Para los miembros de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, autores originarios del artículo 365, el daño que podría producir en el menor una relación homosexual consistía precisamente en generar un hábito homosexual.»¹¹⁰

En cuarto lugar, se excluye la penalización del lesbianismo, y las razones que se dan para ello no hacen más que acrecentarla desconfianza en los fines que ha manifestado el legislador para mantener vigente el artículo 365 del Código Penal. Se explica que dicho supuesto no estaría incluido en el tipo, debido a que no es posible que exista acceso carnal en la relación homosexual femenina, puesto que por una imposibilidad biológica no se podría llevar a cabo.¹¹¹(Esto último fue desarrollado en el Capítulo II de la presente investigación). El Tribunal Constitucional justifica esta exclusión de la siguiente forma:

«La penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en

años. La primera consideración obviamente hace suya una representación cultural arraigada desde la antigüedad, conforme a la cual el rol pasivo en el coito es incompatible con la masculinidad³⁰. Considerar sin embargo que en este contexto ésa es una razón válida para que la ley lo prohíba es algo muy distinto. Implica subordinar el reconocimiento de la dignidad humana a la conformidad con un estereotipo. Si eso no es discriminación, entonces nada lo es. Puede que los suscriptores del voto de mayoría compartan sinceramente ese prejuicio, pero su decisión debe basarse en razones constitucionales y no en la expresión de sus estados mentales. La segunda consideración es un enunciado de hecho, cuya verosimilitud debe ser acreditada. El voto de mayoría ni siquiera se preocupa en aducir algún tipo de evidencia, bastándoles a quienes lo suscriben su certeza doméstica. Eso, en circunstancias que la “doctrina especializada” sobre los abusos sexuales contra menores que ellos dicen seguir desmiente esa afirmación. Según los resultados de ese estudio, el tipo de acción sexual realizada con el menor de edad no tiene una relación directa con la magnitud del trauma experimentado. Lo más notable del voto de mayoría, sin embargo, se encuentra en la indefinición del resultado perjudicial para el menor. ¿Cuál es ese daño? El intérprete de la sentencia tiene dos opciones: concluir que el daño es la misma homosexualidad o constatar que no hay descripción alguna del daño cuya evitación justificaría la prohibición. O sea, o bien el Tribunal Constitucional incurre en discriminación por razón de orientación sexual, o bien valida una prohibición penal que carece de fin de protección.»BASCUNÁN, Antonio. 2011. La prohibición penal de la homosexualidad juvenil. *Revista de Estudios Públicos*. 124: 129.

¹¹⁰ Informe de Derecho. Op. cit. p. 104.

¹¹¹ «el tipo exige que el hechor y la víctima sean personas del mismo sexo, y no siendo posible (por la naturaleza de las cosas) que aquella conducta sea ejecutada por una mujer, es suficientemente claro que lo que aquí se sanciona es el acceso carnal de un varón a otro varón.» (RODRÍGUEZ. Ob. cit. p. 251).

los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones.»¹¹²

Durante la discusión de la ley 19.617 no se desarrolló con mayor profundidad los fundamentos de porqué el lesbianismo quedó excluido, sin embargo, se puso de manifiesto que existía concordancia con las opiniones del profesor Rodríguez Collao y del Tribunal Constitucional.

Respecto de las razones para no incluir el lesbianismo en el artículo 365, no entraremos a discutir las suspicacias pertenecientes al derecho penal, es decir, si puede o no una mujer “acceder carnalmente” a otra, puesto que por lo demás en el capítulo II se dieron a conocer ambas posturas. Lo que nos interesa es tratar de explorar las verdaderas razones que tuvo el legislador para dejar afuera dicho supuesto de hecho. En la Historia de la Ley 19.617 quedó registro de lo siguiente:

«Sobre la base de los acuerdos adoptados, la Comisión Mixta sustituyó el concepto de “tener relaciones sexuales” contenido en el texto de la H. Cámara de Diputados el de por “acceder carnalmente”, para guardar concordancia con las normas ya aprobadas en materia de violación y estupro, y, en general, con el contexto del proyecto, en que la alternativa es el acceso carnal u otra acción sexual. Al mismo tiempo, con ello se deja en claro que el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón, lo que se hace cargo del hecho de que el lesbianismo históricamente no ha estado sancionado.»¹¹³(El subrayado es nuestro)

Así entonces, una de las razones era de carácter histórico, pues el lesbianismo, al momento de la discusión de la ley, no estaba sancionado, siendo ésta una poderosa razón para no incluirlo en el artículo 365. Sin embargo, a nuestro parecer, si la intención del legislador era proteger la indemnidad sexual del menor varón, perfectamente podría haberse protegido la indemnidad de la menor mujer, y por tanto, haberse sancionado la relación sexual entre mujeres entre 14 y 18 años de edad. Si de proteger la indemnidad sexual de un menor se trata, en nuestra opinión, no existen razones válidas que permitan identificar como riesgosas las relaciones sexuales entre hombres, más no las relaciones sexuales entre mujeres. Si

¹¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N°1683-10. p. 32.

¹¹³ Historia de la Ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Mensaje del Ejecutivo, p. 9. Disponible en www.bcn.cl.

bien el Tribunal Constitucional explica que la penetración anal de un hombre a otro no puede verse como un acto inofensivo para el desarrollo de su vida sexual, bajo ese criterio, también es razonable pensar, que una relación sexual entre mujeres puede conducir a aquellas a realizar actos sexuales que podrían resultar dañinos para la indemnidad sexual de la adolescente que los experimenta. Sin embargo, ni el legislador ni el Tribunal Constitucional tratan el punto, puesto que lo que ven como un riesgo para la indemnidad sexual de una adolescente es sólo la penetración anal entre hombres. De hecho, nos atrevemos a afirmar, que lo que se hace es mantener el estereotipo de la relación sexual femenina como símbolo de sensualidad, tal cual la publicidad y la sociedad machista nos han hecho creer, no así las relaciones homosexuales masculinas, símbolo de la debilidad masculina.¹¹⁴

La configuración y existencia del artículo 365 no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina. En lo que respecta al punto tratado, hay varios autores que coinciden en que efectivamente se está frente a una norma discriminatoria. De este modo, los autores del Informe en Derecho realizado por catorce profesores de Derecho Penal de distintas Facultades de Derecho del país manifiestan abiertamente que:

«La Concepción del artículo 365 como una norma que sanciona un delito contra la moral social y su concepción como una norma que declara sexualmente intocable al menor de edad violan los derechos a la vida privada y a la igualdad ante la ley. La concepción del artículo 365 como una norma que sanciona contactos sexuales traumáticos para el menor genera un riesgo prácticamente inevitable de violación de esos derechos y en todo caso discrimina arbitrariamente entre el trato penal otorgado al acceso carnal heterosexual y el trato otorgado al acceso carnal homosexual.»¹¹⁵

En el voto de minoría del fallo del Tribunal Constitucional, también se evidencia el rechazo por parte de la doctrina nacional al artículo 365 del Código Penal, quienes argumentan discriminación arbitraria en la norma.

¹¹⁴ De acuerdo a lo expresado en el voto de minoría en el fallo del Tribunal Constitucional «no se compadecen con la realidad los criterios justificativos de la discriminación que nos ocupa, como la protección de la indemnidad sexual del menor y el libre desarrollo de su autodeterminación sexual, porque toda la argumentación que la funda –de sesgada fuente doctrinaria o regresivas opiniones parlamentarias- revela que ciertos valores se entienden sólo vulnerados por una relación homosexual masculina. El fundamento esgrimido manifiesta un prejuicio rotundo acerca de la condición homosexual, considerándola un riesgo y daño para quien la asume, connotándola negativamente desde el ámbito cultural; o sea, se reputa normal la conducta heterosexual y anormal y peligroso el comportamiento homosexual» TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N°1683-10. p. 81.

¹¹⁵ Informe en Derecho. Op. cit. p. 78.

«En este sentido, para estos disidentes es importante lo que la doctrina penal nacional sostiene respecto de este delito. En efecto, ha acusado la existencia de una discriminación arbitraria desde hace al menos diez años.»¹¹⁶

B. El artículo 365 del Código Penal como vulneratorio del derecho a la Libertad

De acuerdo con lo expuesto en un apartado anterior, el Tribunal Constitucional explica que según su criterio el derecho a la libertad no incluye la libertad sexual del individuo, y tampoco incluye el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que solo se extiende al derecho a la libertad ambulatoria, y es por esa razón que el artículo 365 del Código Penal no la vulneraría. A nuestro parecer, la opinión del Tribunal Constitucional es totalmente alejada de la realidad jurídica. Para ello estructuraremos nuestro argumento de la siguiente forma: en primer lugar, nos referiremos a la definición de libertad, o más bien a la definición del derecho a libertad reconocido en nuestra constitución. En segundo lugar, analizaremos el contenido del derecho a la libertad previamente descrito, sus componentes y la forma en que se debe resguardar. Y, en tercer lugar, trataremos el derecho al libre desarrollo de la personalidad y lo que implica en el caso en comento.

a. Libertad sexual

En nuestra opinión, y en la de cierto sector de la doctrina, la libertad sexual forma indiscutiblemente parte del derecho a la libertad:

«La función sistemática de la libertad sexual, se sustenta en el hecho de que ella es parte de la libertad individual, entendida como capacidad de

¹¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol N°1683-10. p. 61. Expresa además el voto disidente: «Así, para Luis Rodríguez, el precepto “introduce un factor de discriminación entre hombres y mujeres y deja abierta la posibilidad para interpretar este delito como una forma de sancionar el simple ejercicio de la homosexualidad masculina y no el sentido de corrupción que la norma penal le confiere» (RODRÍGUEZ. Op. cit., pp. 249 y ss.). En el mismo sentido, para Bullemore y Mackinnon, este precepto constituye derechamente “una discriminación arbitraria” (BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Parte especial. Op. cit., pp. 166 y ss.). Aún otros autores han sostenido que el delito en cuestión «corresponde a un atavismo cultural que, si ha de estimarse válido como protección del menor, no se comprende por qué sólo protege a los menores varones y no a las menores mujeres» (POLITOFF, Sergio *et al.* 2004 .Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica.pp.270-271).

autodeterminación en esta materia, con total independencia de la edad o el sexo, lo que determina jurídicamente el orden sexual.»¹¹⁷

El profesor Luis Rodríguez Collao concuerda también con lo anterior. Éste define a la libertad sexual como «la facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto por la libertad ajena y, al mismo tiempo, como facultad de repeler agresiones sexuales de otro», así entonces de acuerdo con esta definición, el profesor explica que la libertad sexual tendría dos dimensiones¹¹⁸, el aspecto negativo por lado y el positivo por otro. El aspecto negativo, implica que el individuo tiene derecho a no verse involucrado, sin su previo consentimiento, en una situación sexual con otro individuo. El aspecto positivo, por su parte, se refiere a la libre disposición que tiene el individuo de sus potencialidades sexuales, la facultad de ejercer libremente cualquier forma de comportamiento sexual, en las circunstancias y con la persona que desee, o bien abstenerse de su ejercicio.¹¹⁹

Al ser la libertad sexual parte del derecho a la libertad, y en ese sentido derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución, se entiende que es inherente a cualquier persona sin distinción alguna. Sin embargo, tratándose de la libertad sexual en específico, se ha dicho que hay ciertas personas que no pueden ejercer dicha libertad debido a que no tendrían la capacidad para consentir libremente la realización de actos sexuales. Dentro de este grupo se encontrarían, por ejemplo, los menores de 14 años.¹²⁰ En el artículo 365 del Código Penal se puede observar la aplicación errónea de esta visión, en tanto el legislador como el Tribunal Constitucional han negado al hombre de entre 14 y 18 años el ejercicio de su

¹¹⁷ OXMAN, N. 2007. Introducción a los fundamentos de los delitos contra la libertad sexual. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad Central. Facultad de Derecho. p. 109.

¹¹⁸ Orts Berenguer al hablar de la libertad sexual la define como: «la facultad o capacidad de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad; es decir, en el ámbito de la actividad relacionada con el impulso venéreo y su excitación y satisfacción». Expone que la libertad sexual estaría integrada por «la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento; por la de utilizar y servirse del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena: así como por la de escoger compañero, son su consentimiento, por supuesto, y de rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques.» RODRÍGUEZ. Op. cit. p. 61.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Parte de la doctrina ha expuesto que debido a que ciertas personas se encuentran privadas del ejercicio de la libertad sexual, difícilmente el interés jurídico protegido en cierto tipo de delitos podría ser precisamente dicha libertad, por ejemplo, en las violaciones a menores de 14 años. La profesora Carmona Salgado expone: «Mal puede entenderse que sea la libertad sexual el interés tutelado, en la forma en que la hemos concebido, es decir, en definitiva, como capacidad de autodeterminación en dicho ámbito, al no hallarse tales personas en condiciones de ejercer eficazmente desde el punto de vista jurídico esa libertad, ya que carecen de la capacidad de conocer y querer, así como la de prestar un consentimiento válido para la práctica de semejantes actos» Ibid. p. 63.

libertad sexual, poniendo a dichos individuos varones entre 14 y 18 en la misma situación que al impúber, siendo que ambos tienen capacidades totalmente distintas.

«La ley equipara la posición del menor púber a la posición del menor impúber tratándose del acceso carnal homosexual masculino. La ley declararí a los hombres menores de edad como personas sexualmente intocables en relación con la acción de acceder carnalmente a ellos, prescindiendo por completo de cuál sea su voluntad. Equivale, en suma, a declarar a los hombres mayores de 14 años, pero menores de 18 años como legalmente incapaces de consentir en el acceso carnal a ellos.»¹²¹

El Tribunal en el primero de sus fallos, lo que hace es centrarse en las limitaciones a la libertad e igualdad del adulto que accede al menor, dejando de lado el análisis de cómo son afectados estos derechos en el adolescente.¹²² De hecho, justifica su omisión tratando profusamente el argumento de que cualquier limitación a estos derechos se entiende como razonable, en vista de que el interés superior del niño está por sobre todas las cosas. El negar el derecho a la libertad sexual de solo ciertos individuos, escudándose en la protección del interés superior del niño, implica un trato paternalista hacia el adolescente, ya no como un sujeto de derechos, sino como objeto. Esclarecedora es la opinión del profesor Antonio Bascuñán¹²³:

«Es opinión unánime en la jurisprudencia y doctrina que el derecho internacional de los derechos humanos exige que el Estado tome en consideración la voluntad manifiesta de las personas menores de edad y respete el núcleo de autonomía personal garantizado por sus derechos a la libertad de expresión (Art. 13) y de pensamiento (Art. 14), así como su derecho a la vida privada (Art. 16). El paternalismo justificado respecto de

¹²¹ Informe en Derecho. Op. cit. p. 78.

¹²² El profesor Nicolás Oxman Vilches cuestiona la teoría de que la libertad sexual es el bien jurídico protegido en ciertos delitos sexuales, entre ellos el artículo 365 del Código Penal, y establece que «todas las normas que se han comentado y que protegen una determinada moral sexual colectiva y se orientan hacia una visión tutelar y proteccionista de la infancia y de la familia, negando a un amplio espectro de personas el ejercicio de su libertad sexual, bajo el pretexto de querer mantener al margen del ejercicio de la sexualidad, determinadas opciones sexuales estimadas como depravadas o perversas.» OXMAN. Op. cit.

¹²³ Solo con la finalidad de ilustrar la precaria argumentación del Tribunal Constitucional en el fallo del año 2011, el profesor Bascuñán en su artículo analiza con mayor detalle las citas a las que recurre del voto de mayoría en este punto en particular, logrando percatarse de una total desvirtuación de la idea original de los autores. Pone en relieve el uso tendencioso por parte del Tribunal Constitucional de una serie de párrafos.

los niños supone la consideración de los mismos como sujetos de derecho, en transición desde la incapacidad hacia la plena capacidad de ejercicio, en un proceso de desarrollo progresivo de su autonomía que por lo mismo debe ser progresivamente reconocida por el Estado.»¹²⁴

Y concluyente resulta la afirmación del Profesor Luis Rodríguez Collao, pues al hablar de la reforma que se hizo en el año 1999 por medio de la Ley 19.617, establece que:

«El legislador del 1999 reafirmó la vigencia de algunos tipos que no tienen otro sustento que el simple interés de salvaguardar la forma en que según las convicciones dominantes ha de encauzarse el ejercicio de la actividad sexual, aun pasando por alto la capacidad de autodeterminación de las personas sin que exista la menor posibilidad de que un individuo en concreto resulte lesionado (...) es lo que ocurre con el delito contemplado en el artículo 365, que sanciona una forma específica de relacionamiento homosexual mutuamente consentido entre varones, con lo cual el legislador no sólo quiso desconocer el derecho a la libertad sexual que asiste a las personas que han encauzado su sexualidad por ese camino, sino también establecer un trato discriminatorio.»¹²⁵

b. Libre desarrollo de la personalidad

A criterio del Tribunal Constitucional, el libre desarrollo de la personalidad no se incluye dentro del derecho a la libertad. Sin embargo, este argumento se refuta por el voto de minoría del mismo fallo, pues manifiesta que, si bien es cierto que en nuestra Constitución no se reconoce expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no es menos cierto que aquello no impide que se encuentre implícitamente consagrado en los artículos 1 y 19 N° 7 de la Constitución Política¹²⁶. En ese sentido, el voto de minoría hace hincapié que

¹²⁴ BASCUÑÁN. Op. cit. p. 123.

¹²⁵ RODRIGUEZ. Op. cit. p. 116.

¹²⁶ «Así, en cláusulas generales como el artículo 1°, inciso primero, de la Constitución, al reconocer la dignidad de la persona; en el artículo 1°, inciso cuarto, al señalar que es deber del Estado crear las condiciones que permitan a las personas alcanzar el mayor desarrollo y realización espiritual y material posible; en el artículo 5°, inciso segundo, al estipular que los derechos fundamentales son límite al ejercicio de la soberanía; y en el mismo artículo 19, al reconocer otros derechos fundamentales, que presuponen el libre desarrollo de la personalidad, tales como el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, la libertad y seguridad individual, entre otros. Asimismo, la Constitución efectúa una mención indirecta a este derecho en el artículo 19 N° 10°, al señalar que la educación tiene por objeto “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.» TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Op. cit.p. 82.

ha sido el propio Tribunal Constitucional quién ha reconocido en distintas sentencias el deber del Estado de crear las condiciones sociales que permitan a los individuos de la sociedad alcanzar su mayor desarrollo espiritual y material posible, siempre y cuando respeten los derechos y garantías que la Constitución establece.

El voto de minoría para ejemplificar trae a colación el considerando 21 de la sentencia Rol N° 634-06:

«Según su artículo 1°, inciso cuarto “puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto ‘derecho’. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana.»¹²⁷

El derecho a la libertad, entendiendo que ésta incluye el derecho al libre desarrollo de la personalidad, les pertenece a todos los individuos de la comunidad, dentro de los cuales están, por cierto, los varones entre 14 y 18 años. Por esta razón, el Estado debe velar porque dicho derecho también les sea extensivo, y que, por tanto, no sean privados de su ejercicio.¹²⁸ En el caso del artículo 365, el legislador no está reconociendo el derecho a la libertad que tiene el adolescente homosexual, limitando el ejercicio de dicha libertad solo a cierto tipo de relaciones sexuales, lo que implica no aceptar que sea el individuo, libre y consciente, quien decida sobre su sexualidad.

Incluso en el peor de los casos, es decir aquel dónde en ninguna circunstancia podría entenderse el derecho al libre desarrollo de la personalidad como integrante de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, sería la protección de la dignidad la vía idónea para lograr que se resguarde. Puesto que la dignidad es una de las bases para el desarrollo libre de la personalidad, no existe la segunda sin un resguardo apropiado de la primera. Así entonces, la limitación semántica que puede establecer el Tribunal

¹²⁷ Ibid. p. 51.

¹²⁸ En el voto de minoría se establece que «es posible colegir que un análisis sistemático de la Constitución no puede concluir que las personas carezcan del derecho a definir su plan de vida» Ibid. p. 83.

Constitucional respecto del derecho a libertad carece de importancia si entendemos que lo relevante de este derecho nace a raíz de su relación con la dignidad del individuo.

Concluyente es lo expresado por el voto de minoría en el considerando quincuagésimo quinto:

«Que, en efecto, el criterio de orientación sexual utilizado por el precepto en cuestión Corresponde a aquellas categorías que “aluden a circunstancias personales que, en general, sí son o pueden ser el resultado de elecciones o decisiones individuales, respecto de las cuales los sujetos deberían tener el más pleno y absoluto control, ya que son componentes fundamentales para sus planes de vida y no afectan a terceros. Dado que cada persona debe estar en condiciones de desarrollar libremente su personalidad en tanto no cause daños a terceros, el Estado debe abstenerse de interferir en esas decisiones personales mediante la asignación de bienes, derechos o cargas que promuevan o dificulten su elección a los habitantes (...) Que, en consecuencia, el artículo 365 del Código Penal, al sancionar ciertas conductas homosexuales libremente consentidas entre personas mayores de 14 años, atenta contra la libertad que tienen para definir su proyecto de vida y alcanzar el mayor desarrollo personal posible.»¹²⁹

Una opinión distinta sería negarle movilidad a la Carta Fundamental:

«Negar que la Constitución consagre el derecho al libre desarrollo petrifica la Constitución (...) las Constituciones deben ser entendidas hoy como normas abiertas, lo que, en el sentido que nos convoca en esta sentencia, permite la diversidad cultural, de creencias y de expresión. En dichas normas el principio rector es la libertad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, resultando ajeno al régimen constitucional entonces toda creencia o doctrina que busque la imposición de su pensamiento o valores de forma excluyente respecto de las otras.»¹³⁰

Como bien expresa el voto de minoría, la Constitución tiene la obligación de reconocer las convicciones personales de los integrantes de su comunidad, ya no sólo en el ámbito político o social, sino que también en lo que respecta de su integridad física y psíquica, y esto último

¹²⁹ Ibid. p. 85.

¹³⁰ Ibid. p. 65.

incluye necesariamente su sexualidad. No tolerar las diversas opciones sexuales implica negarle al individuo derechos esenciales en un Estado de Derecho. En el caso en particular, si bien la Constitución no especifica que materias puede o no penar el legislador, si establece a lo menos un mínimo de principios que deben ser respetados por nuestros representantes.¹³¹

C. El artículo 365 del Código Penal implica vulneración al derecho a la privacidad

De acuerdo a lo expresado por el profesor Rodríguez Collao, el derecho a la privacidad implica dos realidades jurídicas: «Primero, la facultad de mantener en reserva ciertos aspectos vinculados con la interioridad o con el ámbito de la actuación del individuo (de manera que ellos no trasciendan al dominio público; y permanezcan, por lo tanto, ajenos, al intervencionismo y control estatal), lo que en estricto rigor, podemos llamar derecho a la privacidad. Segundo, la inviolabilidad de un ámbito de actuación que toda persona aspira a mantener para sí, con exclusión de cualquier injerencia proveniente del exterior; lo que cabría denominar derecho a la intimidad.»¹³² Ya sea dentro del derecho a la privacidad propiamente tal, o bien en lo que a intimidad se refiere, lo cierto es que dentro del derecho a la privacidad se encuentra todo lo referente a la sexualidad del individuo, planteamiento que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en el considerando 9° de la Sentencia Rol N°698, según se expresó «el artículo 19 N° 4° de la Constitución Política, que asegura el respeto y protección de la vida privada a toda persona, privacidad de la que forma su vida sexual.»¹³³

¹³¹ «Una sociedad pluralista y tolerante, base de una sociedad democrática, no puede proteger ni tutelar una determinada moral sexual, sino que debe favorecer el ejercicio de todas posibles, porque solo en diversidad existe o puede existir la sociedad. La dignidad de la persona humana y la búsqueda de su mayor realización espiritual y materia posibles en plena libertad, no se condice con otros tipos penales como los comentados. Es más, si se ampara el derecho a la libertad, y si se asume que el derecho penal debe cumplir con garantizar los principios constitucionales de un Estado Democrático de Derecho, tanto en el plano netamente formal, como en el material, se está postulando como pilar fundamental, la imposibilidad de indicar a las personas valores éticos de comportamiento sexual, distintos de la libertad y responsabilidad del ser humano en el ejercicio de su sexualidad. Ello se debe, a que en el Estado de Derecho las personas asumen comunicativamente la existencia de cierto respeto de las condiciones de igualdad necesarias para el mantenimiento de la seguridad jurídica, suficiente para lograr su pleno desarrollo individual, lo que vale tanto para el incesto, la sodomía y el ultraje público a las buenas costumbres.» OXMAN. Op. cit. p. 112.

¹³² RODRIGUEZ. Op. cit. p. 84.

¹³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Op. cit. p. 85.

Al reconocer el artículo 19 N° 4° de la Constitución Política el derecho a la privacidad y lo que ésta implica, el Estado y sus órganos, en este caso el Tribunal Constitucional, están obligados a velar y asegurar su protección, las relaciones sexuales que pueda tener el individuo forman parte de dicha protección:

«El sujeto es autónomo para decidir si tendrá o no relaciones sexuales, sus partícipes y las formas en que se despliega ese ámbito de su persona. La Constitución le asegura una facultad para excluir a otros de esa esfera propia y abre a las personas un espacio para que desenvuelvan su sexualidad autónomamente y en forma ajena al escrutinio de terceros (...) El Estado no debe interferir en la sexualidad de las personas sancionando conductas libremente consentidas que no provocan daño.»¹³⁴

Y en el caso de que por un interés superior sea necesario limitar o derechamente vulnerar dicha protección debe existir una justificación poderosa por parte del legislador.¹³⁵ El Tribunal constitucional justifica la limitación de éste y otros derechos en la protección al interés superior del niño, sin embargo, no se argumenta más allá respecto de la existencia de la norma y menos de la proporcionalidad de la medida y la sanción:

«Por otro lado, porque la protección de los menores mediante el sometimiento a un proceso penal no es una vía idónea para garantizar su integridad sexual ni psíquica, ni para que desarrollen una sexualidad responsable. Existen numerosos otros medios menos lesivos que el derecho penal para dicho fin. Como es sabido, ser partícipe en un proceso penal, aun sin ser el imputado, puede resultar agresivo y perjudicial a los intereses del menor.»¹³⁶

¹³⁴ Ibid. p. 85.

¹³⁵ «La prohibición legal de esas acciones que no se justifiquen por razones particularmente apremiantes viola ese derecho (...) en este contexto, la prohibición del acceso carnal a un hombre menor de edad, pero mayor de 14 años resulta anómala si se la interpreta como una prohibición absoluta. Así interpretada, implica desconocer toda relevancia al consentimiento del menor. Dado que esta prohibición afecta la vida privada de los interesados en practicar el acceso carnal homosexual, tanto del que accede al menor como del menor, es necesario que ella se encuentre justificada por razones legítimas y muy poderosas.» Informe en Derecho. Op. cit. p. 86.

¹³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Op. cit. p. 69.

NOTA DE LOS AUTORES

La realización de esta memoria tuvo como antecedente jurídico primordial la sentencia Rol 1683 dictada el 4 de enero del 2011 del Tribunal Constitucional. Sin embargo, al terminar la elaboración de ésta, con fecha 16 de agosto del 2018, el mismo Tribunal dictó un nuevo pronunciamiento respecto a la causa Rol 3205 del año 2017. Ésta última se inició a raíz del requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 365 del Código Penal, deducido por el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante. La sentencia rechazó el requerimiento por 5 a votos a favor y 5 votos en contra (los Ministros Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, María Luisa Brahm Barril, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez estuvieron por acoger el requerimiento, por su parte los Ministros Iván Aróstica Maldonado, Marisol Peña Torres, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y Cristián Letelier Aguilar, estuvieron por rechazar).

Al comparar la sentencia del año 2011 con la del presente año, no se evidencian grandes diferencias. La argumentación de los requirentes por un lado sigue siendo la misma, y en ese sentido, alega el Tribunal Oral en lo Penal que la norma aludida podría vulnerar el principio de igualdad ante la ley, el derecho a la dignidad, la libertad y autodeterminación sexual, así como el derecho a la intimidad y vida privada del adolescente.

El voto que rechaza el requerimiento tampoco muestra grandes novedades en su argumentación, ya que de hecho explican los ministros que los razonamientos del reciente fallo son en parte inspirados por la sentencia del mismo tribunal en el año 2011: «debe consignarse que ésta no es la primera vez que este Tribunal se pronuncia, en sede de inaplicabilidad, sobre la constitucionalidad del delito tipificado en el artículo 365 de Código penal. De allí que los razonamientos contenidos en la sentencia Rol n°1683 del 4 de enero de 2011, necesariamente deben iluminar el pronunciamiento que se solicita en esta oportunidad.»¹³⁷ Una de las pequeñas variaciones que se dan entre ambas sentencias tiene relación con la respuesta que da el tribunal frente a la idea de que el artículo 365 vulneraría la igualdad debido a que existe una discriminación por sexo, ya que no se penalizan las relaciones homosexuales libremente consentidas entre mujeres. Así en el año 2011 el

¹³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N°3205-2017. Considerando 8°.

tribunal expresaba que como la conducta sancionada solo la pueden realizar los hombres (las mujeres no pueden acceder carnalmente), por esa razón el daño ocasionado no puede ser el mismo, y por ende no se sancionaba. Sin embargo, al año 2018 el razonamiento es un tanto distinto. El Tribunal estima que al igual que la sodomía, debiese sancionarse el lesbianismo entre las mujeres menores de edad, pues a su criterio el legislador estaría incurriendo en una inconstitucionalidad por omisión al no haber creado una figura penal que proteja la indemnidad sexual de las mujeres menores de edad.

El voto favorable a acoger el requerimiento tampoco presenta grandes diferencias con el voto minoritario del año 2011, estructurando nuevamente sus argumentos en base a la vulneración de las garantías constitucionales que ya han sido nombradas anteriormente y argumentos que por lo demás ya fueron tratados por nosotros en la reciente memoria.

CAPÍTULO IV: LEGITIMIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CRÍTICA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

El análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 365 del Código Penal, que prohíbe el acceso carnal a una persona del mismo sexo mayor de 14 pero menor de 18 años de edad, evidencia numerosas falencias jurídicas del principal órgano encargado de velar por la supremacía constitucional en nuestro país.¹³⁸ En tal sentido, compartimos la severa crítica que dirige hacia el Tribunal Constitucional el profesor Antonio Bascuñán, quien señala que:

«Si hubiera que juzgarlo a la luz de la tergiversación que el voto de mayoría hace de sus pretendidas fuentes de apoyo doctrinario, de la displicencia con que elude la cuestión constitucional central planteada por el requerimiento y de la frivolidad con que afirma enunciados que tanto sus fuentes como la jurisprudencia comparada considera refutados, habría que concluir que ya no se trata de una institución inepta sino francamente irrisoria.»¹³⁹

Si bien es cierto que la crítica elaborada por Bascuñán se hace en base a un solo pronunciamiento del TC, no es menos cierto que existen otros fallos que también han sido objeto de cuestionamientos, incluso más profundos, apuntando a una concentración excesiva de competencias, a una evidente politización al interior del tribunal, al desempeño de un rol de legislador que no le correspondería, a las falencias argumentativas de sus sentencias, y en fin, a no estar acorde al avance de los tiempos, siendo un tribunal reacio a incorporar en sus fallos la evolución jurisprudencial y doctrinaria que ha tenido el derecho comparado en diversas materias, en especial en aquellas de carácter valórico. Todos estos cuestionamientos mencionados nos llevan a ir un poco más allá y nos hacen preguntarnos qué tan legítimo es el control judicial de constitucionalidad efectuado por el TC. En los próximos párrafos, nos encargaremos de responder a esta interrogante haciendo revista a los argumentos más difundidos en la doctrina para justificar o rechazar la existencia del

¹³⁸ Señalamos al TC como el principal, pero acotamos que no se trata del único órgano encargado de llevar a cabo control de constitucionalidad, ya que como vimos en el primer capítulo de la presente investigación, también efectúan dicho control la Contraloría General de la República, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

¹³⁹ BASCUÑÁN, Antonio. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683/2010)

control judicial de constitucionalidad, así como también profundizaremos en los cuestionamientos de los que ha sido objeto este órgano, que nos permitirán sustentar la crítica compartida con el profesor Bascuñán.

1. Sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad

La estructuración de las sociedades occidentales en torno a la idea del Estado Constitucional Democrático supone la existencia de dos pilares fundamentales: primero, la separación y equilibrio de los poderes estatales; y segundo -abordado con mayor profundidad después de la II Guerra Mundial- el respeto por los Derechos Humanos. Ambos, articulados en el ejercicio del poder, deben limitarse y controlarse por cuanto, al estar originados en la naturaleza del ser humano, llevan consigo la posibilidad de entrar en conflictos propios de la dialéctica social¹⁴⁰, siendo uno de ellos precisamente el conflicto constitucional, que en palabras de Juan Colombo Campbell es aquel que «se produce cuando un órgano público o una persona con su acción u omisión, genera como resultado la infracción de preceptos o principios contenidos en la Constitución Política.»¹⁴¹ En ese sentido, es el ordenamiento el que debe establecer los mecanismos más idóneos para otorgar una solución institucional a esta problemática.

Como expusimos en el capítulo I de la presente investigación, los sistemas de justicia constitucional están pensados precisamente para solucionar los conflictos constitucionales que se presenten en un momento dado, en particular, en aquellas situaciones en que una norma transgrede el contenido de la Carta Fundamental. Como también mencionamos, en nuestro país dicho control es ejercido por diversos órganos del Estado, existiendo un control de naturaleza administrativa efectuado por la Contraloría General de la República; otro de carácter judicial propiamente tal llevado a cabo por las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema cuando conocen de las acciones de protección y de amparo; y, por último, el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional. Si bien en Chile la facultad de declarar inconstitucional la ley está reservada a una corte especializada (el TC), no debemos olvidar que dicha función puede también ser ejercida por la Corte Suprema, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos. Es precisamente este tipo de control, denominado control judicial de constitucionalidad, el que ha sido objeto de diversos cuestionamientos dirigidos fundamentalmente a objetar la facultad que poseen un grupo de jueces, no elegidos democráticamente, para invalidar y eventualmente declarar la

¹⁴⁰HARO. Op cit. p. 1.

¹⁴¹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N° 740-08. 18 de abril de 2008. p. 88.

inconstitucionalidad de la ley, así como también, de interpretar con carácter definitivo la Constitución. La interrogante que origina esta discusión la podemos formular de la siguiente manera: ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Para algunos autores, como Hans Kelsen, debiese ser una Corte Constitucional (dentro o fuera del Poder Judicial), para otros como Carl Schmitt, un órgano político, como el Parlamento o el Presidente.¹⁴² A continuación, revisaremos algunos de los argumentos más importantes que ha elaborado la doctrina para manifestarse en favor o en rechazo del control judicial de constitucionalidad.

2. Argumentos a favor de la legitimidad del control judicial

A. Argumento Teórico-Histórico

Hemos decidido denominar esta primera defensa del control judicial como argumento teórico histórico, siguiendo al autor Luis Alejandro Silva, quien apunta que la idea de erigir a los tribunales como guardianes de la Constitución, se remonta al origen del principio de supremacía constitucional, concebido en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* de 1803 que fue dictada por la Corte Suprema estadounidense (que revisamos en el primer capítulo) y que como advertimos, estableció los fundamentos para la revisión judicial o *judicial review*. En aquella sentencia se plantea lo siguiente:

«Si el juez tiene el deber de aplicar la ley, y la Constitución es ley (suprema), entonces el juez tiene el deber de aplicar la Constitución. Este deber comprende la posibilidad de omitir la aplicación de la ley inconstitucional. Desde entonces, con más o menos matices, se asumió que la sentencia de la Corte Suprema que interpretaba la Constitución tenía un efecto general y vinculante, hasta que, en 1958, la propia Corte lo declaró expresamente. La sentencia *Cooper v. Aaron* definió que la Corte es suprema en la interpretación de la Constitución y que, por lo tanto, la interpretación que haga de ella es también (como la Constitución) suprema.»¹⁴³

Dicho de otra manera, la consagración del principio de supremacía constitucional que supuso la sentencia *Marbury v. Madison*, tuvo como consecuencia el establecimiento del

¹⁴² Hans Kelsen en su libro “¿Quién debe ser defensor de la Constitución? y Carl Schmitt en “La defensa de la Constitución” abordan este tema.

¹⁴³ SILVA, Luis Alejandro. La Supremacía Constitucional: Fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. En: Anuario de Derecho Público UDP. Chile. p. 620.

control judicial ya que, si se pretendía sostener la supremacía de la Carta Fundamental, era necesario que se configurara un mecanismo institucional que cumpliera dicho objetivo. Surge entonces el control judicial de constitucionalidad como una consecuencia forzada de la supremacía constitucional, sin la cual la Carta Magna no podría erigirse como norma suprema. En ese mismo sentido, una defensa de relevancia histórica hacia el control judicial y que sirvió de inspiración para el Juez Marshall en el caso de *Marbury v. Madison*, es la formulada por Alexander Hamilton, quien en su conocido trabajo “El Federalista N°78”¹⁴⁴ de 1788, sostenía que la facultad de dejar sin validez a una norma contraria a la Constitución suponía ratificar la supremacía del texto constitucional, que a su juicio era, además, la norma que más reflejaba la soberanía popular. En efecto, decía El Federalista N° 78: «La interpretación de las leyes es de competencia de los tribunales. Una Constitución es y debe ser tenida por los jueces como la ley fundamental.»¹⁴⁵ Por último, apuntaba Hamilton que el hecho de que los jueces pudieran negar la validez de un precepto por transgredir la norma constitucional no implicaba que aquellos tuvieran un estatus superior al de los legisladores y tampoco que se cuestionara la voz de la voluntad popular, sino que todo lo contrario, ya que ratificar la supremacía constitucional era ratificar, según él, la norma que más refleja la soberanía popular, siendo el verdadero peligro que se promulgaran leyes contrarias a la Carta Fundamental.¹⁴⁶ Esta argumentación ha sido esgrimida como la principal respuesta a la denominada objeción contramayoritaria, una de las críticas más recurrentes al control judicial de constitucionalidad y que, si bien ahondaremos en ella más adelante, podemos adelantar que consiste básicamente en controvertir el hecho de que sea un grupo de jueces no elegidos democráticamente el facultado para vetar o corregir normas a través del control judicial.

No han sido pocas las voces de autores que se han pronunciado contrariamente a los argumentos anteriormente esgrimidos para defender la revisión judicial. Una de esas voces, es la del autor Roberto Gargarella, quien expone de manera muy elocuente, tres razones para contradecir el que definimos como argumento teórico histórico a favor del control judicial

¹⁴⁴ En este diario Hamilton abogó por el derecho de los tribunales a declarar la nulidad de los actos de la legislatura contrarios a la Constitución.

¹⁴⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander y JAY, John. El Federalista, México, Fondo de Cultura Económica, 1957; citado por GARGARELLA, Roberto, 1997 La dificultad de defender el control judicial de las leyes, [en línea] ISONOMÍA N.6, p. 56, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf> [consulta: 28 agosto 2018]

¹⁴⁶ ZEGERS, María José y MACKENNEY, Tomás. El Tribunal constitucional, el Control de constitucionalidad y la declaración de inaplicabilidad. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. Santiago. P. 82.

de constitucionalidad. En primer lugar, Gargarella señala que la Constitución no siempre refleja la voluntad del pueblo, aludiendo directamente a lo señalado por Hamilton en cuanto a defender la supremacía de aquella norma que se considera suprema por ser la que más refleja la soberanía popular. Se expone como primer ejemplo de este razonamiento, el hecho de que en la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos, fueron excluidos una gran cantidad de personas (esclavos, mujeres, personas de color, personas de estratos económicos bajos), quienes no tuvieron participación ni directa ni indirecta en la redacción del texto constitucional.¹⁴⁷ Lo mismo podría decirse de la elaboración de nuestra propia Carta Magna, la cual tuvo su origen en medio de la dictadura de Augusto Pinochet, y que si bien fue objeto de un plebiscito en 1980, las circunstancias en que se efectuó dicha consulta ciudadana no permiten concluir que fuera un proceso que cumpliera con los estándares básicos de un régimen democrático. En segundo lugar, Gargarella recurre a un argumento desarrollado en profundidad por el autor Bruce Ackerman, el cual plantea que, si bien debe respetarse la idea de supremacía constitucional, pues supone un momento de consenso popular meditado en torno a la creación de dicha Carta Magna, nada impide que dicho consenso vuelva a repetirse nuevamente, por lo que en caso de ocurrir aquello se estaría en una disyuntiva, ya que el control judicial indicaría que debiese primar la voluntad manifestada en ese primer momento constitucional, imposibilitando que este nuevo consenso pudiera llegar a condensarse en un nuevo texto constitucional. Sin embargo, este argumento no termina por convencer, por cuanto admitir “la posibilidad de que surjan nuevos acuerdos, amplios y profundos, tan relevantes como el consenso constitucional original, no nos lleva necesariamente a descartar el valor del control judicial”¹⁴⁸, ya que bastaría con que los jueces declararan «inválidas todas aquellas leyes que fueran contrarias a la Constitución –tal como pedía Hamilton– pero además–y esto es lo que Ackerman sugiere agregar– deberían atacar todas aquellas normas que contradigan los más sustanciales acuerdos sociales aparecidos luego del dictado de la Constitución.»¹⁴⁹

Por último, Gargarella elabora un argumento que él denomina como argumento sobre la interpretación. Es tal vez el argumento que ataca más fuertemente el control judicial, por cuanto lo que hace es fijarse en la naturaleza conflictiva de la Constitución, y lo que significa

¹⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. 1997. La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] ISONOMÍA N.6, p. 57, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>

¹⁴⁸ Ibid. p. 58

¹⁴⁹ Ibid. p. 59

aplicar el texto supremo en la práctica judicial. El autor recurre a un ejemplo que nos toca de cerca, como es la discusión sobre el aborto. Señala que sobre este tema:

«en situaciones tan ajetreadas y conflictivas como la referida al aborto: la mayoría de las Constituciones no dicen absolutamente nada acerca del aborto –como no dicen nada acerca de infinidad de otras cuestiones, escapándole (razonablemente) al riesgo de desarrollar una Constitución extensísima– pero la mayoría de los jueces asumen –en ese caso, como entantos otros– la tarea de “desentrañar” posibles respuestas a tales dilemas, residentes en los intersticios de la Constitución.»¹⁵⁰

Ocurre que al “desentrañar” dichas respuestas, los jueces deben recurrir a soluciones interpretativas que no estaban contempladas explícitamente en la Constitución, ya que no pueden llegar y hacer una aplicación directa del texto constitucional, porque o no hay una respuesta explícita (como en el caso del aborto, que al menos en nuestro país no está regulado constitucionalmente), o porque de haberla, no tiene un contenido determinado (el autor piensa por ejemplo, en el derecho a la libertad de prensa y se pregunta si cualquier contenido -proclamas terroristas, secretos de estado, movimientos fascistas, por ejemplo- puedan ampararse en dicha garantía constitucional). Así entonces el control judicial no solo buscaría, como proclaman sus defensores, resguardar la voluntad soberana originaria contenida en el texto supremo, sino que permitiría que se le incorporaran soluciones interpretativas que no estaban pensadas en ese primer momento constitucional, que responden a las circunstancias de un determinado momento político o social, reemplazando la real voluntad soberana. «Luego, si es que los jueces quedan legitimados paradar –con carácter final– la interpretación “adecuada” de los textos constitucionales, entonces, imperceptiblemente pasan a concentrar en sus manos un enorme poder de decisión (...) Yes este poder extraordinario que quedaría concedido a los jueces, y no al “pueblo”, lo que resulta, razonablemente, puesto en cuestión por el argumento de la interpretación.»¹⁵¹

¹⁵⁰ GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] ISONOMÍA N.6, abril de 1997, pp. 57 a 61, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf>

¹⁵¹ GARGARELLA. Op. cit. p. 60.

B. El control judicial de constitucionalidad como protector de derechos fundamentales

Diversas son las teorías que se han elaborado para defender el control judicial y que dicen relación con la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, hemos decidido que resulta más conveniente para su acabada comprensión, agruparlas en torno a la idea común de protección de derechos. En primer lugar, se ha planteado como una justificación favorable al control constitucional de normas la defensa de los derechos de las minorías (étnicas, sexuales, o grupos que, aunque mayoritarios, han sido oprimidos históricamente, como ha sido el caso de las mujeres). Según este argumento, se reconocería el carácter contramayoritario de las cortes constitucionales, pero se afirma que dicha naturaleza serviría para prevenir que se antepusieran los intereses de un gobierno de “las mayorías” en desmedro de los derechos e intereses de las minorías de la sociedad. En ese sentido

«garantizar los derechos, especialmente aquellos de las minorías que suelen ser más vulnerables y más vulneradas, implica limitar al poder y controlar a las mayorías, pues éstas últimas permiten que las decisiones tomadas correspondan a criterios favorables para las poblaciones que tienen mayor representatividad dentro de la masa del pueblo, desvaneciéndose así los intereses de las minorías, cuya condición de minoría viene determinada por aspectos de etnia, género, cultura, educación, edad, etc.»¹⁵²

Otro de los autores que apoya esta idea es Ronald Dworkin, quien argumenta que «las minorías deben tener fe en las instituciones que protegen los derechos, ya que éstas garantizan que la dignidad y la igualdad les sean respetadas por la mayoría.»¹⁵³

Otra teoría que se ha esbozado para defender la revisión judicial de constitucionalidad, y en particular para atacar la objeción contramayoritaria, es la denominada teoría del Fundacionalismo, que es aquella que «se basa en el argumento según el cual los derechos fundamentales son anteriores a cualquier acto político y a la configuración del Estado, por lo que primarían frente a la democracia, concebida ésta como el mejor medio

¹⁵² GIRALDO, Andrea. 2014. Legitimidad de la jurisdicción y de los tribunales constitucionales, necesidad de límites al poder y de garantía de derechos en Colombia después de la Constitución de 1991. [en línea] Diálogos de Derecho y Política, N° 15 <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/21760/17948> [consulta: 29 agosto 2018]

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. 1978. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel. p. 302.

paraprotegerlos.»¹⁵⁴ Es en tal sentido, que la articulación de mecanismos como el control judicial correspondería a una manifestación del ejercicio democrático, y como tal, podría ser considerado como un arma de fortalecimiento de la democracia, permitiendo una defensa más eficaz de los derechos fundamentales que, dicho sea de paso, son anteriores a cualquier organización política.

Por último, haremos mención de la llamada teoría del coto vedado de la democracia, formulada por el autor Ernesto Garzón Valdés. En esta teoría su autor se refiere al concepto de “coto vedado”, dentro del cual se incluirían todos aquellos «derechos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida»¹⁵⁵ y que deben resguardarse de los disensos inevitables que se generan en la vida democrática, siendo este resguardo una condición necesaria de una democracia representativa.¹⁵⁶ La existencia de este coto vedado supondría entonces que el actuar de los jueces encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes estaría limitado de antemano, volviendo ilegítima cualquier acción que transgrediera alguno de esos derechos cautelados. El autor Juan José Moreso lo expresa de la siguiente manera: «el “coto vedado” se justifica debido a que tiende a incrementar la posibilidad de que las decisiones democráticas sean respetuosas de todos los individuos que componen la sociedad (...) y puede favorecer, indirectamente, la racionalidad de nuestro sistema de decisiones.»¹⁵⁷

Como respuesta a las teorías anteriormente mencionadas se ha formulado una interrogante que busca poner en tela de juicio la validez de dichas argumentaciones ¿Qué garantiza que los jueces no van a anteponer sus propios intereses en perjuicio de los de las minorías o vulnerando aquellos del denominado “coto vedado”? ¿Por qué un órgano contramayoritario aseguraría mejor dicha defensa? Lo cierto es que no hay forma de garantizar aquello, por lo que se debilitarían en extremo las teorías en comento. Es más, con el análisis del fallo pronunciado por el TC chileno, que ha sido objeto del presente trabajo de investigación,

¹⁵⁴ CHAHUÁN, Marcela y MORALES, Javiera. 2009. El control constitucional bajo la doctrina, entre la política y el derecho. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.p. 55.

¹⁵⁵ GARZÓN, Ernesto. Algo más acerca del “coto vedado”. [en línea] P. 209. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10845/1/Doxa6_12.pdf [consulta: 28 julio 2018]

¹⁵⁶ GARZÓN, Ernesto. El consenso democrático: fundamento y límite del papel de las minorías. [en línea] <https://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html> [consulta: 28 julio 2018]

¹⁵⁷ En GARGARELLA, Roberto. 2000. Los jueces frente al coto vedado. [en línea] Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Discusiones. No. 1, p. 57. <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckw5w3>> [consulta: 29 agosto 2018]

hemos podido demostrar cómo se han vulnerado los derechos fundamentales de una minoría, en este caso de la diversidad sexual, y en particular de los hombres jóvenes homosexuales, a los cuales el Estado ha criminalizado y estigmatizado, manteniendo vigente normativa que a todas luces resulta vulneradora de derechos básicos. La conclusión es que justificar el control judicial constitucional aduciendo una supuesta protección a los derechos fundamentales, o en específico de un grupo minoritario de la sociedad, resulta un argumento muy débil, primero, porque es incapaz de exponer de forma contundente de qué manera se garantizaría que un órgano contramayoritario no anteponga sus propios intereses o no vulnere derechos fundamentales, y segundo, porque la pretendida protección a los derechos de las minorías parece ser solo una intención que en la práctica, y poniendo de ejemplo el pronunciamiento del TC chileno que hemos analizado en esta investigación, no ocurre. En palabras de Gargarella «lo que ocurre con el argumento de los jueces como defensores de las minorías es que el mismo apela, injustificadamente, a una cuestión motivacional que en verdad no existe»¹⁵⁸. Podemos entonces afirmar que no resulta convincente plantear la defensa del control de constitucionalidad desde la supuesta defensa o protección de derechos, y creemos que, si bien esta defensa debe plantearse como un objetivo permanente de dichos órganos, en la práctica aquello no siempre ocurre, lo que imposibilita justificar su existencia desde esta perspectiva.

C. Argumentos Políticos

A continuación, revisaremos aquellas teorías o planteamientos que defienden el control judicial de constitucionalidad desde un enfoque que dice relación con la distribución del poder político y la caracterización que se ha elaborado de los respectivos entes sociales que participan de la disputa de dicho poder.

a. La teoría del poder neutro y del órgano contralor como árbitro del proceso democrático

Hemos decidido, por un asunto de conveniencia práctica y mejor comprensión, aunar en este apartado dos teorías que justifican el control judicial que, a nuestro juicio, conducen en la práctica al mismo resultado: la que lo plantea como un poder neutro y aquella que le atribuye

¹⁵⁸ GARGARELLA. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. Op. cit. p. 64.

un rol de árbitro. En ambas posturas, la idea que subyace es la de conceder, al órgano encargado del controlar judicialmente la Constitución, el rol de moderador respecto de los otros poderes estatales. Así, en la primera, lo que se plantea es la necesidad de contar con una jurisdicción constitucional -sea esta ejercida por la Corte Suprema o por un Tribunal Constitucional- estableciéndola a modo de poder neutro. En palabras de Benjamín Constant, uno de los primeros autores que teorizó en este sentido, se trataría de la necesidad de un «poder neutro [*pouvoir neutre*] que se caracterice por ser un poder moderador y controlador de los demás poderes y funciones, pero que carece de un poder activo, el cual está depositado en las funciones ejecutiva, legislativa y judicial.»¹⁵⁹ Por otro lado, la idea de concebir el órgano que detente el control judicial como un árbitro del juego democrático es una idea en la que profundiza el autor John Hart Ely, por medio de la siguiente interrogante «¿Cuál debe ser el papel de los tribunales al interpretar la Constitución?» Su respuesta pasa, en primer lugar, por analizar las dos posturas extremas que hasta ese momento se brindaban para responder la pregunta mencionada anteriormente: los tribunales como entes interpretadores literales o declarativos de la Constitución (que Ely denomina *interpretivism*) o como entes creadores o correctivos (denominado *non-interpretivism*), basados en valores no explícitos en el texto constitucional. Para esta aparente disputa, la salida que propone el autor es precisamente corregir el concepto de democracia deliberativa a uno que contemple mecanismos que la fortalezcan, siendo uno de esos el control judicial, pero siempre y cuando se establezca teniendo en consideración los principios de representación y participación. «El control constitucional a la luz de estos valores estará necesariamente respaldado por la propia Constitución y por lo tanto convive con la voluntad popular y el principio democrático. Los jueces deben ser entonces árbitros del proceso democrático.»¹⁶⁰ ¿Por qué se encarga este rol de árbitro a los jueces? La respuesta de Ely es que la misión de asegurar que las reglas del proceso democrático sean respetadas no puede recaer en el proceso democrático mismo, ni tampoco en un órgano que lo encarne -como el Congreso-, ya que se debe respetar la regla esencial del control, de acuerdo a la cual controlante y controlado no pueden corresponder a un mismo ente. Así lo afirma, por ejemplo, el autor Alejandro Silva Bascuñán, quien señala que «dejar en el propio congreso la misión de determinar la conformidad o el desacuerdo de una norma aprobada por él mismo con la ley fundamental

¹⁵⁹ En RIBERA, Teodoro. 1984. El Tribunal Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, 11 (2-3): p. 342. Citado por ZAPATA, Patricio. 2008. Justicia Constitucional. Santiago de Chile, Editorial Jurídica. p.30.

¹⁶⁰ ELY, John Hart. 1997. Democracia y desconfianza: Una teoría del control judicial. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

equivale a no consagrar efectivamente la supremacía constitucional.»¹⁶¹ En definitiva, lo que se plantea es una nueva configuración de la clásica división de poderes que formulara Montesquieu para los regímenes de estirpe democrática, agregando un cuarto poder público, cuya titularidad le correspondería o bien al máximo órgano del Poder Judicial -la Corte Suprema- o a uno especialmente diseñado para este objetivo -el Tribunal Constitucional- a cuyo cargo se coloca la enorme y trascendental función de efectuar el control de constitucionalidad de las normas y de los actos de los poderes constituidos.¹⁶²

Esta postura ha sido objeto de críticas, principalmente de aquellos autores que adhieren a la objeción contramayoritaria, ya que posicionar a los jueces como árbitros del proceso democrático, implica que estarán en una constante colisión con los poderes de representación popular. En ese sentido también se ha manifestado Patricio Zapata, señalando que «tras la idea de un Tribunal Constitucional dotado de un papel moderador de la política subyace una fuerte sospecha sobre el régimen democrático.»¹⁶³ Dicha sospecha planteada por Zapata, apunta claramente a cuestionar el hecho de que sea un grupo de jueces el que ostente la facultad de interpretar la Constitución, ya que el ente encargado de cumplir tan importante labor debiese ser elegido por la ciudadanía.

b. Teoría de la Negación

Otras dos justificaciones que se han formulado para defender el control judicial de constitucionalidad son aquellas que se han articulado en torno al concepto de negación de la tensión entre revisión judicial y democracia. Como lo señala Patricio Zapata, dicho concepto admitiría dos variantes.

La primera alternativa postula que la actividad judicial, bien entendida y bien aplicada, jamás involucrará juicios de tipo político-moral, por lo que se señala que «no existiría ninguna relación, ni duplicidad, ni tensión, entre el tipo de actividad que desarrollan los legisladores o administradores y la tarea de los jueces.»¹⁶⁴ Dicha comprensión de la actividad judicial permitiría derribar la objeción en torno al carácter no democrático del control judicial, por cuanto los jueces serían simples ejecutores de lo que otros han decidido.

¹⁶¹ SILVA Bascuñán, Alejandro. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. p. 125.

¹⁶² CASTAÑO, Luis. 2007. En defensa de la Justicia Constitucional. *Opinión Jurídica* 6 (12): p. 67.

¹⁶³ ZAPATA, P. Op. cit.p. 31.

¹⁶⁴Ibid. p. 33.

La respuesta a esta variante de la negación apunta a cuestionar la caracterización de la actividad judicial sobre la cual está elaborada, señalando que no es posible afirmar que la labor llevada a cabo por los jueces esté en un ciento por ciento exenta de juicios valóricos, sean éstos políticos o morales, ya que la difusa terminología utilizada por la Constitución hace casi imposible que ésta sea aplicada en un sentido textual, por lo que los jueces deben recurrir a interpretarla con cierto grado de discrecionalidad, lo que abre la puerta a que en sus fallos se introduzcan juicios de naturaleza político-moral.

Una segunda alternativa que aboga por la eliminación de esta supuesta tensión entre control constitucional y democracia es aquella que concibe un concepto “enriquecido” de democracia, uno en el cual no se agote en el hecho de que las decisiones se adopten a través del voto de la ciudadanía, sino que incluya, además, algunas condiciones sobre el procedimiento a emplear y los resultados deseados.¹⁶⁵

Ronald Dworkin, por ejemplo, plantea un concepto de democracia que él denomina “*partnership conception*”, por medio del cual justificaba los derechos civiles y políticos como precondiciones para su realización. «Su estrategia para disolver la tensión entre democracia, derechos y revisión judicial consistió en “sustantivizar” la democracia: si esta es valiosa en tanto realice ciertos derechos que forman sus precondiciones, una institución contramayoritaria, orientada a su protección, no es en principio ofensiva para la democracia.»¹⁶⁶ En un razonamiento que acerca esta posición con lo sostenido por Ely (anterior a Dworkin) y su visión de los jueces como árbitros del juego democrático, encontramos al autor Carlos Nino, quién sostiene «la justificación del control judicial para lograr el fortalecimiento del proceso democrático, en la medida que los jueces actúen “como controladores del proceso democrático” (...) los jueces tienen autoridad para evaluar y asegurar las condiciones procedimentales que proveen valor epistémico a las decisiones democráticas.»¹⁶⁷ En ese sentido, el control judicial se justifica a sí mismo en cuanto provee al sistema democrático de una solución a las falencias que pueden presentar los procesos propios de la deliberación democrática. Sin embargo, Nino establece un requisito para una realización exitosa del control judicial, planteándolo de la siguiente manera «La revisión judicial en una democracia deliberativa nunca debería ocuparse de la sustancia de los derechos o de las decisiones públicas, sino exclusivamente de la calidad del proceso

¹⁶⁵ Ibid. p. 35.

¹⁶⁶ MAURINO, Gustavo. 2015. Democracia, Derechos y Control Judicial. Versiones de Carlos Nino. *Análisis Filosófico* 35 (2): 244.

¹⁶⁷ Ibid. p. 247.

previo a su adopción y lapertinencia justificatoria (no sustantiva) de las razones en que se apoya.»¹⁶⁸

El autor Patricio Zapata elabora dos argumentos para cuestionar que un concepto enriquecido de democracia pueda justificar debidamente el control judicial de constitucionalidad. En primer lugar, lo que señala es que concebir la democracia como el derecho del pueblo a gobernarse autónomamente es un idea significativa y potente para describirla como régimen político, por lo que incorporar otros componentes podría ser una señal de intentar debilitar y no valorar en su justa medida la idea del autogobierno. En segundo lugar, afirma que plantear conceptos enriquecidos de democracia conduce a graves confusiones conceptuales, lo que terminaría debilitando el objetivo central de la democracia, cual es, lograr el autogobierno. «Al haber inflado el concepto de democracia, las pérdidas en soberanía popular parecen poder compensarse o transarse a cambio de ganancias en gobernabilidad, menos oportunidades de abuso o más control, en general.»¹⁶⁹

En síntesis, el argumento de la negación, ya sea por la vía de negar el conflicto entre control judicial y democracia -en virtud de la caracterización de la función judicial-, o por la vía de adoptar un concepto enriquecido de democracia, parece no ser el más convincente, ya que como revisamos, cae en primer lugar en una descripción errada de la labor que llevan a cabo los jueces, y en segundo lugar, porque la legitimidad del control judicial, a nuestro juicio, no debe argumentarse recurriendo a ampliar una definición de democracia, ya que aquello podría conducir a que se incrementaran los mecanismos de control en desmedro de las decisiones que, por medio del autogobierno que supone la democracia, la ciudadanía debe tomar en conjunto.

c. Crisis de los órganos políticos

Una última justificación del control judicial se ha esgrimido por parte de la doctrina basada en un lapidario diagnóstico de los órganos políticos. De acuerdo a quienes sustentan esta posición, tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo no estarían representando a la ciudadanía adecuadamente, sino que estarían respondiendo a intereses y presiones de

¹⁶⁸ Ibid. p. 258.

¹⁶⁹ ZAPATA, P. op. cit. p. 37.

determinados grupos de poder y/o al auto interés de los propios actores políticos.¹⁷⁰ Esta línea argumentativa ha sido desarrollada fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial, cuando en occidente se expandió la creación de cortes constitucionales. Las razones que llevan a los constituyentes a otorgarle a dichos órganos la suprema facultad de tutelar la Constitución tienen que ver, en especial, con que se detecta una insuficiencia en cuanto a la forma en que la institucionalidad asegura una idónea representación de intereses emergentes en el seno de la sociedad, y también, en una percepción de cómo los propios actores políticos no se adecuan del todo a la ley. De esa forma, los «Parlamentos divididos, perezosos,contemporizadores e incapaces de proveer idónea declinación técnica a los interesesrepresentados, además del progresivo comportarse de la ley cual ley-medida, sonfactores capaces de erosionar desde sus fundamentos el Estado constitucional demócratay de derecho.»¹⁷¹ Esto conduce a poner en relieve una caracterización del poder judicial que, pese a su carácter contramayoritario, lo erige como el único poder que puede remediar la falta de imparcialidad de la que adolecerían los órganos mayoritarios, basándose principalmente en las virtudes que supone el razonamiento judicial. «El hecho de que los jueces no estén sujetos a presioneselectorales, el hecho de que tengan tiempo para deliberar con relativatranquilidad, su relativo aislamiento, etc., favorecen la posibilidad de unbuen razonamiento y así, la toma de decisiones imparciales.»¹⁷² En ese sentido, se afirma además que la naturaleza antidemocrática del poder judicial no es tal, por cuánto, en primer lugar, los mecanismos establecidos para la elección de los jueces están determinados en la Constitución y, en segundo lugar, porque en la forma de integración de las cortes constitucionales intervienen el legislativo, el ejecutivo y el propio poder judicial, por lo que de manera indirecta sí existiría un grado de representatividad popular.

Los problemas que se originan por justificar la revisión judicial de constitucionalidad en una supuesta crisis de los órganos política son varios. Si bien es cierto que en el panorama latinoamericano, especialmente durante el último tiempo, los órganos políticos se han visto fuertemente cuestionados, por casos de corrupción, financiamiento ilegal de la política, cohecho (en Chile, se pueden mencionar los casos Penta, SQM y Corpesca), no es menos cierto que no existen argumentos lo suficientemente convincentes para aseverar que el poder judicial o un tribunal autónomo, como el TC, puedan quedar ajenos a las malas

¹⁷⁰ GARGARELLA. Op. cit. p. 62.

¹⁷¹ MEZZETTI, Luca. 2009. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. Estudios Constitucionales 7 (2): p. 94.

¹⁷² GARGARELLA. Op. cit. p. 65.

prácticas que afectan a la clase política y sus órganos de representación popular. Los jueces, tal como los parlamentarios, ministros o el presidente de la república, también pueden ser objeto de presiones de grupos de poder, o incluso, ceder en pos de sus propios intereses, por lo que considerarlos una solución al problema de la crisis política no parece procedente. Luego, como también revisamos a propósito de la teoría del control judicial como poder neutro o árbitro, valorar el razonamiento judicial por la supuesta interpretación literal que efectuarían los jueces de los preceptos constitucionales, no parece pertinente ni ajustado a la realidad, ya que en la práctica no es cierto que los jueces excluyan todo tipo de juicio político o moral de sus fallos, sino que es factible que éstos logren permear sus decisiones. El problema lo esquematiza muy bien Patricio Zapata, quien señala que una fórmula institucional en la cual se le da preeminencia a los juicios político-morales de los jueces (que no son electos, son inamovibles e irresponsables políticamente, como ocurre con los ministros del TC en Chile) versus los juicios político-morales del pueblo, requiere de una justificación especial, que implique no afectar un ápice la democracia ni su debido ejercicio, justificación que por cierto no la ofrece esta postura que plantea la crisis de los órganos políticos.

3. Argumento en contra de la legitimidad del control judicial: la objeción contramayoritaria

La crítica más difundida entre la doctrina se ha configurado en torno a lo que el estadounidense Alexander Bickel denominó como objeción contramayoritaria¹⁷³, a la cual hicimos mención cuando comenzamos a indagar en los fundamentos para legitimar o rechazar el control judicial de constitucionalidad, y que identificamos como aquella objeción dirigida al carácter no democrático de los jueces y de cómo esta falta de legitimidad democrática entraría en conflicto con el rol de intérpretes definitivos de la constitución, labor que los convierte en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico de una nación, aquel que zanja definitivamente cualquier conflicto constitucional. Cabe señalar que en esta denominada “dificultad contramayoritaria” se agrupan todas aquellas críticas contra la justicia constitucional en nombre de la democracia y que, como apunta la autora Gloria Lopera

¹⁷³ Acuñada en su famoso libro *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*.

Mesa, se mezclan tanto objeciones contra la supremacía constitucional así como contra la denominada objeción judicialista, de acuerdo a la cual no se cuestiona que se controle la actividad de los poderes estatales para salvaguardar el texto constitucional, sino que lo problemático es que esta labor se encomiende a un órgano contramayoritario como es el Poder Judicial o una Corte Constitucional. Será respecto de esta última postura la que analizaremos en los siguientes párrafos. En ese sentido, el problema surgiría porque la actividad que consiste en aplicar e interpretar el texto constitucional, de acuerdo a aquellos que adhieren a la postura de Bickel, se trataría de una actividad de carácter político, por lo cual debiese ser llevada a cabo precisamente por órganos de esa naturaleza -el parlamento o el ejecutivo- o que se sometieran a algún tipo de control por parte de la ciudadanía. En definitiva «puede decirse que se produce una mutación del paradigma de la toma de decisiones, pasándose de uno democrático a otro “elitista”, el cual se corporiza en una minoría (los jueces) que toman decisiones que solamente corresponderían al pueblo y a sus representantes erigidos por sufragio.»¹⁷⁴

A mayor abundamiento, resulta pertinente rescatar las palabras del propio Bickel respecto a este tema:

«La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. Hay varias formas de pasar de largo esta realidad ineluctable: Marshall intentó una de ellas cuando habló de ejecutar en el nombre ‘del pueblo’ los límites que él había ordenado para las instituciones de un gobierno limitado...Pero la palabra ‘pueblo’ tal como es usada aquí es una abstracción. No necesariamente, de ningún modo, es una abstracción sin sentido o perniciosa –una abstracción que oscurece el hecho de que cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora-; ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto, sin connotaciones místicas, es lo que realmente sucede. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente que la democracia y esa es la

¹⁷⁴ ÁLVAREZ, Fernando. 2009. Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial). [en línea] *Dikaion*, v. 12, p. 5. <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252> [consulta: 29 agosto 2018]

razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.»¹⁷⁵

El mayor cuestionamiento de quienes defienden esta posición es que la posibilidad de que mediante el control judicial se vete la actividad de los otros poderes estatales, que gozan de legitimidad democrática, significaría vulnerar el espíritu de los regímenes democráticos que tienen por objeto el autogobierno, imponiéndose los juicios valóricos de los jueces por sobre los de las mayorías. La razón de que se produzca esta situación dice relación con la peculiaridad del control judicial, ya que por una parte las normas en juego -las normas constitucionales, que son el parámetro de control- por naturaleza están dotadas de mayor contenido ideológico y por tanto son de mayor vaguedad e imprecisión, y por otro lado, las normas sometidas a dicho control, que suponen una deliberación democrática del legislativo y que cuentan por tanto con legitimidad democrática, producen un evidente conflicto.¹⁷⁶ ¿Está el Poder Judicial o los ministros de una corte constitucional legitimados para resolver dicho conflicto? La respuesta de esta corriente doctrinaria, de forma rotunda y categórica, es que no.

En conclusión, se puede señalar que las dificultades que presenta el control judicial de constitucionalidad en el marco de sistema democrático son las siguientes¹⁷⁷: en primer lugar, la forma de integración del poder judicial (o cortes constitucionales) se halla enteramente reservada a la discrecionalidad de los demás poderes; en segundo lugar, el tiempo de duración que los ministros permanecen en sus cargos no se condeciría con los ideales democráticos, (si bien en Chile se establece una duración en el cargo de 9 años, algunos podrían argumentar que es un tiempo excesivo); en tercer y último lugar, se afirma que entregar esta facultad a un solo ente, que lo convierte por cierto en el órgano supremo del ordenamiento jurídico de cualquier país, conlleva en la práctica un contrapeso excesivo y no controlable respecto de los otros poderes.

¹⁷⁵ En BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a ed. New Haven. Yale University Press, 1986. P. 16 y 17. Citado por ÁLVAREZ, Fernando. Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (Refutaciones al carácter contramayoritario del Poder Judicial). p. 5.

¹⁷⁶ En FERRERES Comella, Víctor. 1997. Justicia Constitucional y Democracia. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 18-19. Citado por LOPERA, Gloria. 2001. La problemática legitimidad de la justicia Constitucional. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. España. p. 229.

¹⁷⁷ ZEGERS y MACKENNEY. Op. cit. p. 99.

No profundizaremos en otras teorías, por cuanto a nuestro juicio, de las críticas y respuestas a los planteamientos efectuados por quienes legitiman el control judicial, se desprenden la mayor parte de los argumentos que cuestionan la existencia del control judicial, por lo que revisarlos en este apartado sería redundante. Solo profundizamos en la objeción contramayoritaria porque es la crítica más contundente que se ha elaborado para argumentar la falta de legitimidad del control judicial, y, además, porque como señalamos, abarca todos aquellos planteamientos que tienen como base la defensa de la democracia en el mayor sentido de la expresión.

4. Críticas al Tribunal Constitucional chileno

Luego de indagar en las razones que justifican o no el control judicial de constitucionalidad desde un enfoque teórico, revisando diversos planteamientos que ha elaborado la doctrina a lo largo del tiempo, corresponde ahora efectuar un análisis práctico sobre el rol del Tribunal Constitucional de nuestro país. Para efectuar dicho análisis, se tendrán en consideración los siguientes elementos: la forma de integración del Tribunal, el nivel exhibido en su argumentación jurídica, el ámbito de competencias que el ordenamiento le atribuye y, por último, su rol ante los cambios que va experimentando la sociedad. El objetivo que se pretende lograr con este análisis es sustentar la crítica negativa que suscribimos al comienzo del presente capítulo, de considerar que la actual configuración y reiterados pronunciamientos del TC, han evidenciado enormes falencias en la ejecución de sus funciones, por lo que se torna imperativo replantearse la articulación del órgano en comento, lo que implica evidentemente introducir reformas en su actual regulación. De antemano, nos parece pertinente señalar que nuestra postura no está orientada a que el ordenamiento chileno prescinda de este organismo, ya que consideramos fundamental contar con un ente independiente y calificado que se encargue de resolver las controversias de carácter constitucional, sino que apostamos a identificar aquellas falencias generadas por la actual configuración del TC, y esbozar posibles modificaciones que puedan eventualmente plantearse como soluciones a las deficiencias observadas en el análisis crítico que efectuaremos de este organismo.

A. Integración del TC e *Insularidad Política*

Reiterando lo mencionado en el capítulo I, la regulación contenida en el art. 92 de la actual Constitución Política de la República indica que:

Art. 92 Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres designados por el Presidente de la República.
- b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.
- c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.

De la norma transcrita, se puede concluir que en la integración del TC intervienen los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Muchos autores han sostenido que la intervención de los órganos políticos de representación popular -ejecutivo y legislativo- en la integración de los tribunales constitucionales, es una forma de atacar el carácter contramayoritario de estos órganos, ya que, aunque sea de forma indirecta, sus integrantes sí contarían con algo de legitimidad democrática, echando por tierra uno de los principales argumentos esgrimidos por aquellos que atacan el control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, el hecho de que más de la mitad de los ministros de una corte constitucional sean designados por órganos políticos, ha sido identificado como uno de los principales causantes de una excesiva politización de estos entes, situación que resulta dañina para su correcto funcionamiento. Esto por cuanto los jueces, formarían su convicción no por razones jurídicas, sino que primeramente por sus posturas políticas o morales, las que luego son matizadas con argumentos jurídicos.

La característica de la función judicial que aquí se aborda, es denominada por el profesor Atria como «insularidad política», que consiste básicamente en el hecho de que las cortes en

el ejercicio de sus potestades no tengan un compromiso ideológico. En ese sentido, afirma que la insularidad política solo exige que la corte que ejerza jurisdicción constitucional no esté comprometida con ninguna de las dos visiones ideológicas en pugna.¹⁷⁸

Sin embargo, el voto ideológico del TC fue puesto en evidencia en un estudio realizado por CIPER Chile, a partir de un análisis de jurisprudencia del tribunal entre los años 2010 y 2016 y utilizando una técnica denominada **Expected Maximization IRT** y que ubica a los ministros en un eje que puede ser descrito como liberal/conservador, a partir de estimaciones de sus respectivas posiciones ideológicas con sus patrones de votación. Una de las conclusiones del reportaje fue precisamente que «Quienes han sido nominados por el Poder Ejecutivo son quienes ocupan las posiciones más extremas. En posiciones relativamente más centrales, están los nombrados por el Congreso; y en posiciones aún más centrales, los nombrados por la Corte Suprema.»¹⁷⁹ Si bien el reportaje sostiene que la reforma introducida el año 2005 logró reducir el carácter político del tribunal, también afirma que es posible apreciar que los patrones de votación de los ministros escogidos por el ejecutivo y el parlamento siguen teniendo un componente ideológico. Otro estudio que se puede mencionar es el realizado por Royce Carroll y Lydia Tiede, titulado *Ideological Voting on Chile's Constitutional Tribunal: Dissent Coalition on the Adjudication of Rights*, artículo en el cual estudian la relación entre el comportamiento judicial y la filiación política de los ministros, entre los años 2006 y 2011. Si bien en las conclusiones de este artículo sus autores sugieren que el comportamiento judicial de los ministros del TC no se ha politizado ni polarizado fuertemente, indican que el estudio sí muestra que algunos fallos del TC pueden ser considerados ideológicos.¹⁸⁰ También enfatizan sus autores que el estudio se llevó a cabo en el período post reforma de 2005, donde no se habían producido nombramientos del ejecutivo de ambos polos del espectro ideológico.

En ese sentido, y considerando el amplio debate doctrinario que supone la discusión acerca de los factores que inciden en las decisiones judiciales y los modelos de comportamiento judicial que suscriben unos u otros autores, nos inclinamos por aquella postura que sostiene que los jueces, al interpretar la ley y en especial la Constitución, no son meros aplicadores

¹⁷⁸ATRIA, Fernando. 1993. El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho* 20: 371.

¹⁷⁹DROBNY, Sammy y FÁBREGA, Jorge. 2017. Tribunal Constitucional: ¿es la tercera cámara? [en línea] CIPER Chile 18 agosto 2017. <<https://ciperchile.cl/2017/08/18/tribunal-constitucional-es-la-tercera-camara/>> [consulta: 29 agosto 2018]

¹⁸⁰CARROLL, Royce y TIEDE, Lydia. 2012. Ideological Voting on Chile's Constitutional Tribunal: Dissent Coalition on the Adjudication of Rights. *Journal of Human Rights* 11: p. 101.

del tenor literal del texto constitucional a un conflicto determinado (como sostendría un modelo jurisprudencial-legalista), sino que en dicha aplicación e interpretación los jueces se comportan de acuerdo a sus preferencias políticas, por lo que a través del voto buscan afianzar los resultados más cercanos a sus propios objetivos¹⁸¹ (como postularía el modelo actitudinal). Por lo tanto, en vista y considerando que la interpretación y aplicación de la Constitución es de un carácter marcadamente ideológico, nos parece que la forma de integración del TC chileno reproduce y hace eco de las posturas políticas a las que se encuentran afiliados aquellos ministros que son nominados por el ejecutivo, y en menor medida también, por el Congreso. La consecuencia de aquello es que finalmente el carácter enteramente contramayoritario de aquellos ministros que son nominados por la Corte Suprema, resulta decisivo a la hora de que el comportamiento judicial no responda a afiliaciones partidistas, reduciendo de esa manera la politización que afecta dicho organismo. Si con el objeto de disminuir la politización del TC, su integración dependiera enteramente de la Corte Suprema, el problema que se presentaría es que entonces tendríamos un órgano de naturaleza enteramente contramayoritaria, cuyos miembros tendrían un carácter no democrático. La vía que se ha planteado para resolver este conflicto es la denominada solución deliberativa o diálogo interorgánico, que consiste en «impedir la imposición de la decisión final de la corte sobre la acción normativa del legislativo, vulnerando la soberanía parlamentaria, a través de dispersar o descentralizar la revisión judicial de constitucionalidad, de manera horizontal, entre los distintos órganos de gobierno»¹⁸² como pueden ser por ejemplo, el establecimiento de comisiones de autorevisión constitucional al interior del parlamento y el ejecutivo antes de la aprobación directa de las leyes, u otros mecanismos que supongan un debate entre poderes, relativo a los contenidos constitucionales, como fue el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador (1945), el cual no estaba facultado para anular una ley inconstitucional, sino que solo para suspenderla provisionalmente, hasta que el Congreso se pronunciara en forma definitiva sobre su constitucionalidad.¹⁸³ «En este esquema, la decisión final sobre la validez de la ley quedaba siempre en manos del Congreso, que podía aprobar o revocar la suspensión del tribunal.

¹⁸¹ BASABE, Santiago. 2008. Las preferencias ideológicas y políticas judiciales: un modelo actitudinal sobre el voto en el tribunal constitucional de Ecuador. *América Latina Hoy* 49: 162.

¹⁸² NOGUERA, Albert. 2011. ¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y nuevo constitucionalismo. *Oñati Socio-Legal Series* 1(2): p. 11.

¹⁸³ Ibid.

Este modelo facilitaba una dinámica de diálogo en tres fases: decisión legislativa (opinión), suspensión provisional (respuesta) y decisión final del Congreso (réplica).»¹⁸⁴

En definitiva, coincidiendo con la conclusión del análisis realizado por CIPER Chile, si bien la reforma a la justicia constitucional del año 2005 logró reducir el componente político del TC, lo cierto es que éste no ha desaparecido, y se hace más evidente en los nombramientos efectuados por aquellos órganos que justamente le otorgan algo de representatividad (ejecutivo y legislativo), por lo que el problema que se presenta es si resulta conveniente sacrificar en parte dicha representatividad, para mediante una integración contramayoritaria, disminuir la politización del organismo, que tal como ha afirmado Fernando Atria, ha hecho que «el criterio de justicia del TC dependa del dato políticamente arbitrario y caprichoso de qué bancada es más grande en el TC al momento de dictar una sentencia, qué ministros están o no presentes o de quién preside.»¹⁸⁵ Las soluciones a dicha problemática, como vimos, existen.

B. Crítica a la Argumentación Jurídica efectuada por el TC

Uno de los autores nacionales que mayormente ha criticado el rol y la existencia del TC es Fernando Atria, quien se ha manifestado en reiteradas ocasiones por eliminar este órgano de la configuración de nuestro actual sistema jurídico.

Una de las razones para afirmar dicho cuestionamiento dice relación con que, según Atria, la labor de la dogmática constitucional ha sido extremadamente pobre, a pesar de los ya más de treinta años de configuración del sistema de justicia constitucional de nuestro país. La deficiencia presentada por la dogmática constitucional chilena es identificada por Atria como una de las causales del tosco nivel de análisis constitucional en sede judicial.

«El paupérrimo desarrollo de nuestra dogmática constitucional no es un asunto baladí: la idea central de entregar a instancias jurisdiccionales más que explícitamente políticas la última palabra en la interpretación de

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ ATRIA, Fernando y SALGADO, Constanza. 2018. El Tribunal Constitucional desatado: un poder insoportable. [en línea] El Mostrador 23 de enero de 2018 <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/01/23/el-tribunal-constitucional-desatado-1-un-poder-insoportable/>> [consulta: 29 agosto 2018]

la Constitución tiene que ver con la idea de que éstas intentarán decidir lo que la Constitución demanda con cierta distancia de los conflictos políticos que crean esos problemas. A falta de criterios dogmáticos, sin embargo, el órgano jurisdiccional que corresponda no podrá sino aplicar criterios políticos».

Las razones que se atribuyen a tan escaso desarrollo de la dogmática constitucional en nuestro país apuntan principalmente al hecho de que la Constitución tradicionalmente no ha sido muy relevante ni jurídica ni políticamente, situación que ha ido cambiando paulatinamente en las últimas dos décadas. Por consiguiente, se ha afectado el análisis constitucional efectuado tanto por nuestro Poder Judicial -en los casos en que se pronuncia conociendo de una acción de protección o de amparo- como por el TC. Así, este último, ha pronunciado una serie de sentencias en las cuales ha dado cuenta de una argumentación jurídica que a todas luces resulta deficiente, y lo que es mucho más grave, ha emitido pronunciamientos en los cuales comete evidentes errores jurídicos. Por ejemplo, se pueden mencionar:

-Rol 546-06, en el cual el voto de mayoría recurre a una definición jurídica de Wikipedia. *

-Rol 825-07, en el que se confunde la proporcionalidad prospectiva (preventiva) con la proporcionalidad retrospectiva (proporcionalidad de culpabilidad). *

-Rol 486-06, en el que se ha establecido que la infracción de una garantía del principio de legalidad puede compensarse con la satisfacción de otros. ^{*186}

-Rol 740-07, relativo a la píldora del día después, el TC solo se limita a pronunciarse respecto al derecho del *nasciturus*, pero no hace mención alguna a la mujer como sujeto de derechos, precisamente el bien jurídico con el que entra en conflicto el supuesto derecho del embrión. Además, en un análisis de la restricción legítima de derechos, no son aplicados los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹⁸⁷.

-Rol 2681-14, que revisa la constitucionalidad de la conducta homosexual como causal de divorcio según la Ley de Matrimonio Civil, en cuyo fallo se declara la

¹⁸⁶ Todos los * mencionados en BASCUÑÁN, Antonio. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil. p. 135.

¹⁸⁷ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y ZÚÑIGA AÑASCO, YANIRA. Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Anuario de Derechos Humanos 2009. PP. 173-182.

constitucionalidad de dicha causal y en el que el TC realiza una errónea aplicación del test de discriminación arbitraria.¹⁸⁸

-Rol 3958-17, relativo a la Dirección General de Aguas (DGA), en el que se señala que la Administración no podría recurrir al auxilio de la fuerza pública sin autorización de un juez, cuando la regla general en nuestro ordenamiento es la contraria.

-Rol 4012-17, en el que el TC respecto al proyecto de ley que pretendía fortalecer al Servicio al Consumidor (SERNAC), afirma que el solo hecho de que se autorice a un órgano administrativo a sancionar, implica que se **menoscaba del todo** el derecho de las personas a acceder a un tribunal independiente e imparcial, cuestión que no es efectiva. Peor aún, el TC sostiene que la potestad sancionatoria es una potestad jurisdiccional, obviando que actualmente las Superintendencias o el Servicio de Impuestos Internos, cuentan con potestades sancionatorias.

En síntesis, los numerosos ejemplos aquí señalados permiten poner de manifiesto las constantes equivocaciones y falencias argumentativas de este órgano, que nos lleva a cuestionar en primer lugar su idoneidad como el principal interprete de la Carta Fundamental y, en segundo lugar, pone en tela de juicio las motivaciones que mueven a sus ministros a pronunciarse en tal o cual sentido. De los fallos anteriormente señalados, al menos cuatro de ellos (píldora del día después, conducta homosexual como causal de divorcio, DGA y SERNAC), son pronunciamientos coincidentes con una postura conservadora del TC, por lo que también vienen a ejemplificar la politización que afirmamos anteriormente, que se ve reforzada en los argumentos débiles y, en muchos casos contrarios a derecho, que esgrime el TC para fundamentar sus sentencias.

C. **Ámbito de competencias**

Corresponde ahora referirse a otro de los aspectos que ha sido objeto de diversas críticas al TC y que tiene que ver con su ámbito de competencias, el cual ha sido descrito como

¹⁸⁸ VIAL SOLAR, Tomás y DEL PINO, Sebastián. 2015. El Tribunal Constitucional y la Homosexualidad: Análisis de las Sentencias Roles 2435 y 2681, a la luz de su jurisprudencia anterior sobre discriminación por orientación sexual. En: Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales. p. 261.

excesivo, sobre todo con posterioridad a la reforma del año 2005, que significó, dicho sea de paso, entregarle a este órgano competencias que le pertenecían anteriormente a la Corte Suprema, como era el control de constitucionalidad represivo o *a posteriori* de ley, a través de la declaración de inconstitucionalidad. Esta amplitud de competencias, ha llevado a diversos autores a coincidir en un diagnóstico respecto del TC que sostiene que dicho órgano está institucionalmente diseñado de unas maneras que hacen que él intervenga mucho más de la cuenta en el proceso democrático, precisamente porque es un órgano que dispone de 'la última palabra' institucionalmente hablando, cuando interpreta y decide aplicando normas de rango constitucional.¹⁸⁹ Según Enzo Solari, las causas de este diagnóstico tienen que ver precisamente con la configuración institucional del TC, con mayores competencias y atribuciones de las que fue originalmente diseñado, y en segundo lugar, con la propia autocomprensión que tiene dicho ente.

Resulta interesante hacer mención al origen institucional del Tribunal Constitucional en nuestro país. Este dice relación con la constatación de un defecto del sistema político chileno, consistente en la ausencia de una solución institucional en aquellos casos en que existiera un conflicto entre competencias del Presidente y del Congreso, por lo que el resultado era un proceso político que quedaba trabado.¹⁹⁰ En ese sentido, tal como afirma Atria, el TC fue un organismo diseñado con la finalidad de resolver conflictos competenciales y **nosustantivos**, por lo que no es de sorprender que dicho autor haya manifestado una postura tan contraria a la existencia de este órgano, considerando la evolución que ha tenido y como ha devenido en un órgano con facultades para ejercer un control constitucional amplísimo.

Con respecto a la autocomprensión del TC, cabe señalar que ésta también ha excedido en ocasiones el ámbito de atribuciones que le está estrictamente concedido por nuestro ordenamiento. Un ejemplo de cómo la autocomprensión de este organismo lo ha llevado a ejercer funciones fuera de sus atribuciones, anteponiendo su voluntad a la de órganos políticos y de representación democrática como el Congreso, se puede encontrar en el fallo que resuelve el requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley de aborto en tres causales.¹⁹¹ Lo único que debía hacer el TC en este caso era pronunciarse en el sentido de señalar si las normas sometidas a control se ajustaban o no a la Constitución, con su

¹⁸⁹ SOLARI, Enzo. 2015. Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena. *Revista Derecho del Estado* 35, p. 203.

¹⁹⁰ ATRIA y SALGADO. Op. cit.

¹⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol N°3759-17.

respectiva justificación. Una de esas normas era la referida a la objeción de conciencia y que indicaba «[la objeción de conciencia] es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución», la cual es reemplazada por el TC, quedando de la siguiente manera: «[la objeción de conciencia] es de carácter personal y podrá ser invocada por una institución». En definitiva, lo que hace el TC es eliminar la frase “en ningún caso”, por lo que la objeción de conciencia, a pesar de señalar en la propia norma que es de carácter personal, se permite que sea invocada por una institución, lo que resulta por decir lo menos, paradójico. Resulta entonces, que el TC se convierte de pronto en un legislador positivo, es decir, creador de normas jurídicas, con el resultado evidente de que antepone su propia voluntad por sobre la del legislador, creando una figura que resulta bastante absurda como es la objeción de conciencia institucional y que implica, además, dificultar el acceso a una prestación a la cual las mujeres tienen pleno derecho. Así, el TC deja de ser un organismo meramente controlador, pasando a convertirse como ha señalado el profesor Atria, en una tercera cámara, cuestión que a todas luces afecta el correcto desarrollo de la política democrática de nuestro país.

Si bien es cierto que la discusión sobre estas materias en los círculos académicos de nuestro país no ha sido desarrollada en extenso, no es menos cierto que entre aquellos que le han dedicado atención, la conclusión parece ser unánime: se requiere un rediseño institucional del TC, con especial énfasis en reducir significativamente las competencias de dicho organismo.¹⁹²

D. El Tribunal Constitucional y su rol ante los cambios sociales

Por último, nos referiremos a un asunto que resulta de mucha importancia, en especial, luego de haber analizado el fallo al que hemos dedicado el capítulo anterior de esta investigación y que tiene que ver con cómo el TC hace eco de los cambios y demandas de la sociedad, ajustando principios como la igualdad o la integridad -que encontramos consagrados en nuestra Constitución- a las nuevas realidades que implican el reconocimiento de nuevos derechos para todas y todos. En ese sentido, tanto los tribunales ordinarios como aquellos encargados de efectuar el control de constitucionalidad, sean o no parte del poder judicial, cumplen un rol determinante en salvaguardar los derechos civiles,

¹⁹² SOLARI. Op. cit. p. 235.

pero también, en la interpretación y aplicación del derecho, reproducen un sinnúmero de desigualdades, estereotipos, concepciones morales que atentan precisamente contra garantías fundamentales como la igualdad. Los Tribunales Constitucionales, al ser los intérpretes últimos de la Constitución, debiesen tender con mayor fuerza a poner de manifiesto aquellas leyes que contravienen principios fundamentales sobre los cuales se fundamenta un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, pero considerando que las sociedades evolucionan y que es preciso que dichos cambios se traduzcan en una normativa acorde a los nuevos tiempos.

El fallo relativo al delito de sodomía es uno de los ejemplos en los cuales se demuestra que el TC no ha tenido esa actitud de apertura requerida para estos nuevos tiempos y lo que es peor, demuestra que es una Corte que reproduce estereotipos normativos al momento de dictar sus sentencias, lo que consecuentemente origina pronunciamientos judiciales que amparan discriminaciones normativas.¹⁹³ Otros dos fallos relativos a esta misma materia, son los que se pronuncian en primer lugar por la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil -que consagra el matrimonio entre un hombre y una mujer- y en segundo lugar, el que revisa la constitucionalidad de la norma que establece la homosexualidad como causal de divorcio. Si bien en el primer caso se rechaza el requerimiento señalando que dicha materia debe ser regulada por el legislador, en ambos fallos el TC reproduce estereotipos normativos que terminan por estigmatizar a una parte de la sociedad. El fallo relativo a la píldora del día después, también fue objeto de numerosas críticas en su momento, ya que como mencionamos anteriormente, no contempló en su argumentación a la mujer como sujeto de derechos, en especial, del derecho a la autodeterminación y sus derechos sexuales y reproductivos, y que actualmente volvieron a la discusión pública con motivo de la ley de despenalización del aborto en tres causales y el proyecto de ley que contempla la despenalización total de la interrupción voluntaria del embarazo.

Conviene en este punto hacer mención de cómo en el derecho comparado podemos encontrar cortes constitucionales (o su semejante en una Corte Suprema), que sí han tenido una actitud de apertura en temas que comúnmente suelen denominarse como asuntos valóricos, expresión que no compartimos, puesto que consideramos que simplemente se trata de derechos que el Estado debe asegurar y no regular mediante la imposición de creencias de ningún tipo.

¹⁹³ CASAS, Lidia *et al.* 2016. Estereotipos de género en sentencias del tribunal constitucional. En: *Anuario de Derecho Público*. Universidad Diego Portales. p. 272.

Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, vigente desde 1991, ha declarado que la normativa sobre aborto en determinadas causales, matrimonio igualitario (Sentencia de Unificación 214/16 de 28 de abril de 2016), adopción homoparental (Sentencia C-683/15 de 4 de noviembre de 2015), eutanasia (Sentencia T-423/17 de 4 de julio de 2017), entre otras, se ajustan a la Constitución, posicionando a Colombia como uno de los países con mayores avances en términos de derecho civiles en la región. Cabe señalar que el rol que ha cumplido la Corte Constitucional colombiana ha sido el de establecer los parámetros que deben cumplirse para que la regulación en las materias antedichas se ajuste a la Carta Fundamental de ese país.¹⁹⁴

En Estados Unidos, como ya mencionamos, el control de constitucionalidad es ejercido por el máximo tribunal del Poder Judicial, la Corte Suprema, que ha tenido importantes pronunciamientos. En el año 2015, dicho tribunal dictaminó que todos los estados tenían la obligación de conceder licencias de matrimonio a parejas del mismo sexo¹⁹⁵, situación que ya se encontraba regulada en varios estados. En cuanto al aborto, en el año 1973 dicha corte se pronunció en esta materia, señalando que ningún estado podía establecer prohibición alguna para que las mujeres pudieran interrumpir voluntariamente su embarazo, al menos durante su primer trimestre¹⁹⁶. Si bien EE. UU. ha tendido a avanzar en el reconocimiento de estos derechos, lo cierto es que actualmente, a causa del sistema judicial norteamericano, la integración de su Corte Suprema y el ingreso de jueces de perfil más conservador, se ha reavivado la posibilidad de que se revoque la sentencia de 1973 que establecía el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo.

Por su parte, en España, el Tribunal Constitucional instaurado en la Constitución de 1978, también ha tenido pronunciamientos importantes sobre estos asuntos. Se pueden mencionar el Fallo 53/1985, que estableció la constitucionalidad de la despenalización del aborto en tres causales. Actualmente se encuentra pendiente de fallar un requerimiento presentado por parlamentarios españoles del Partido Popular (de derecha), en contra de la ley que despenalizó totalmente el aborto el año 2010. El fallo 198/2012, se pronunció a favor de la

¹⁹⁴ CHARRY, Juan Manuel. 2017. ¿Hay un choque de trenes entre la corte constitucional y el congreso? [en línea] El Tiempo 9 de abril de 2017 <<http://www.eltiempo.com/politica/congreso/analisis-del-papel-de-la-corte-constitucional-en-temas-polemicos-76548>> [consulta: 29 agosto 2018]

¹⁹⁵ SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Sentencia 26 de junio de 2015. Caso Obergefell vs. Hodges.

¹⁹⁶ SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Sentencia 22 de enero de 1973. Caso Roe vs. Wade.

constitucionalidad del matrimonio igualitario, ley que fue promulgada en el año 2005 y que también motivó un requerimiento por parte de parlamentarios de derecha. Por último, y si bien los ejemplos nos muestran que España ha logrado avanzar en el ámbito de los derechos civiles, también ha habido pronunciamientos del TC español que han reproducido profundas desigualdades. Por mencionar uno, resolviendo un amparo constitucional (símil de nuestra acción de protección), el Tribunal estableció una diferencia infundada entre un método anticonceptivo como la píldora del día después y los preservativos, autorizando a un farmacéutico que se acogiera a la objeción de conciencia para negarse a vender las primeras, pero instándolo a poner a disposición del público los segundos, por considerar que los preservativos no generaban un conflicto constitucional relevante. Hacer esta distinción reproduce una desigualdad entre hombres y mujeres que no se justifica.¹⁹⁷

Por último, el Tribunal Constitucional de Alemania, el cual se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del aborto en tres causales (Sentencia 2/90 de mayo de 1993), las uniones civiles (Sentencia 01/02 de julio de 2002), matrimonio igualitario (Sentencia 1164/07 de julio de 2009) e incluso, mediante un fallo del año 2016 (Sentencia 2019/16), instó a que la regulación civil contara con una tercera vía para expresar la identidad de género, ya que no contar con esa tercera vía, vulnera los derechos de la personalidad establecidos por la Constitución de dicho país. Esto último, sin duda que representa un avance fundamental en el respeto y los derechos de la diversidad sexual.

Como pudimos apreciar, en los cuatro países mencionados anteriormente, el órgano de control judicial de constitucionalidad ha estado en el centro de discusiones que suponen avanzar en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, de la diversidad sexual y en general, de las libertades civiles que se han ido abriendo paso en las sociedades contemporáneas. En la mayor parte de los casos, ha reconocido estos derechos, dando sentido y actualizando los principios rectores de cualquier Carta Fundamental que se precie de tal. Como lo señala el autor Ricardo Haro:

«Es por ello que cada fallo de las Cortes o Tribunales Constitucionales es la expresión del ejercicio de un poder constituyente material, que con la misma clarividencia y firmeza en el mantenimiento del núcleo de creencias no negociables, debe también asumir una actitud de apertura hacia las nuevas realidades sociales, hacia los nuevos signos de los tiempos, y remover

¹⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 145/2015. 25 de junio de 2015.

todos los obstáculos que impidan una mayor vigencia de los superlativos y fines preambulares, en el proceso irrefrenable de una mayor conciencia social que reconozca las bondades de la democracia política, pero que no se resigna a que lo sea a costa de su marginación de la democracia cultural y de la democracia económica.»¹⁹⁸

¹⁹⁸ HARO. Op. cit. 43.

CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis constitucional del artículo 365 del Código Penal aquí desarrollado, podemos señalar el Tribunal Constitucional no se ha hecho cargo de los argumentos que cuestionan la permanencia de la norma. Su análisis se estructura sobre ideas moralizantes que debilitan cualquier construcción argumentativa, que carecen de lucidez jurídica y desbordan discriminación. Trata erróneamente al joven menor adulto homosexual como un objeto de derecho, imposibilitándole ejercer su derecho a desarrollarse libremente en la esfera sexual, esencial para su crecimiento físico y espiritual. Coarta con sus sentencias la posibilidad de expiar culpas por la histórica discriminación que ha sufrido la diversidad sexual en nuestro país. Penalmente hablando el delito de sodomía se caracteriza por adolecer de una serie de falencias jurídicas, ya sea respecto de la discusión existente acerca del interés jurídico que protege o bien al tratar derechamente la necesidad de la existencia norma.

La Constitución debe ser entendida como una “norma abierta”, receptiva y respetuosa de los intereses de una sociedad. Es así como no sólo debe garantizar un estándar mínimo de respeto a los derechos fundamentales, sino que asegurar que el individuo pueda contar con las herramientas necesarias para desarrollar su personalidad, sin importar las limitaciones morales que un determinado grupo de personas le quiera imponer. Numerosas naciones son las que han hecho modificaciones en su legislación con la finalidad de reconocer el pleno ejercicio de los derechos de la diversidad sexual y Chile no debe permanecer ajeno a dichos cambios. La sociedad chilena se ha ido abriendo a los cambios en pos de una mayor igualdad entre sus ciudadanos y las instituciones deben hacerse cargo de dicha demanda, siendo indispensable entonces que toda la normativa vigente se adecue a la Constitución y a los numerosos Tratados Internacionales que han sido suscritos por nuestro país y lo han comprometido a avanzar en igualdad y poner fin a discriminaciones históricas.

El poder legislativo por su parte tampoco ha cumplido su tarea, existiendo hoy en día una clara desavenencia entre la existencia del artículo 365 del Código Penal y lo que el Estado Constitucional de Derecho implica. En un estado democrático el legislador tiene el deber de que la normativa vigente respete los principios y valores que la sociedad reconoce como elementales, ya que al ser representantes de la comunidad no deben permitir que ideologías egoístas cieguen su raciocinio. Tratándose del respeto a los Derechos Fundamentales

resulta indispensable que se legisle pensando en la histórica discriminación y estigmatización de la que ha sido víctima la diversidad sexual. Lo que han hecho nuestros representantes manteniendo vigente esta norma jurídica, es desatender los constantes llamados de la comunidad homosexual para enmendar esta situación abiertamente contraria a garantías constitucionales como la igualdad y la dignidad. El artículo en cuestión permite que se establezcan categorías de individuos y determina quiénes pueden gozar del amplio respeto al ejercicio de sus derechos fundamentales y quiénes no pueden ejercerlos libremente.

Resulta imperativo que el legislador derogue el artículo 365 del Código Penal. Por nuestra parte, no se justifica su existencia debido a que el delito de estupro es capaz de cubrir los supuestos de hecho del artículo en cuestión. Además, la sola permanencia de la norma da pie a que se siga creyendo que existen grupos de individuos inferiores a los demás, inferiores por sus afectos y en especial inferiores por el solo hecho de tener una orientación sexual que diverge de la heteronorma que prevalece en una sociedad patriarcal como es en la que vivimos. Es tarea de las instituciones del Estado velar por la inclusión y respeto recíproco entre de todos los individuos de la sociedad, por lo que el respaldo a la existencia de normas discriminatorias no contribuye a avanzar en dicha dirección, provocando que solo se mantenga la estigmatización respecto de ciertos grupos de la comunidad. Las sociedades se construyen sobre la base del respeto y la tolerancia, por lo que la norma aludida no se caracteriza por aportar a ello. Si bien es cierto que en la última década el país ha avanzado en asegurar derechos de la diversidad sexual, pudiendo citar como ejemplo la ley 20.009 de antidiscriminación (conocida como Ley Zamudio) o la ley que promulgó el acuerdo de unión civil, no es menos cierto que mientras no se erradiquen del ordenamiento este tipo de normas jurídicas abiertamente transgresoras de derechos fundamentales, dichos avances ven menoscabado su impacto real en el esfuerzo de construir una sociedad plural y respetuosa de todas y todos.

En esa labor de propender al reconocimiento de los plenos derechos que corresponden a la diversidad sexual por el solo hecho de ser personas como cualquier otra, el Tribunal Constitucional ha demostrado en este caso en particular no estar a la altura ni de su rol de garante de la Constitución, ni de lo que demandan los tiempos en que vivimos. En ese sentido, el pronunciamiento de este fallo es un ejemplo contundente de los profundos cuestionamientos a este organismo que fueron expuestos anteriormente. Es inconcebible que en una democracia como la que pretendemos ser, un organismo con tal poder de

decisión e importancia en el juego democrático emita pronunciamientos que se estructuran en argumentos superfluos, que evitan profundizar en el conflicto constitucional que deben resolver, utilizando además argumentos refutados en el derecho comparado y que no resisten mayor análisis. El problema resulta aún mayor, porque como vimos someramente, son varias las sentencias del Tribunal Constitucional en que sus magistrados han caído en argumentaciones irrisorias e incluso, han cometido tal nivel de errores jurídicos, que resultan imperdonables para una institución como ésta.

Lo anterior, ciertamente debilita la legitimidad de una institución que debiese cumplir con altos estándares en la integración de sus ministros y, más aún, en el razonamiento exhibido para fundamentar sus fallos, tan importantes para cumplir con el cometido que justifica su razón de ser. En un Estado Constitucional de Derecho, deben valorarse todos los esfuerzos y mecanismos que pretendan fortalecer la democracia y asegurar el debido funcionamiento de los diversos poderes estatales, así como la defensa y protección permanente de los Derechos Humanos. En tal sentido, es que no creemos que la eliminación del Tribunal Constitucional sea el camino a seguir para enmendar el rumbo que en varias ocasiones ha errado dicho organismo. Más bien, pensamos que lo fundamental es revisar su composición, la forma en que se integra y, sobre todo, limitar las actuales competencias que detenta y que resultan excesivas si consideramos que las ejerce sin ningún tipo de contrapeso. Como señaló Andreas Voßkuhle, Presidente del Tribunal Constitucional alemán de visita en nuestro país, los Tribunales Constitucionales deben ser meros árbitros en el juego político, y en Chile, el Tribunal Constitucional ha demostrado en varias ocasiones ser un jugador más, y lo que es peor, uno no muy bueno.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, F. 2009. Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad. (Refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial). [en línea] *Dikaion*, v. 12, <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1252> [consulta: 29 agosto 2018]
- ANDALUZ, H. 2008. El Control de la Constitucionalidad desde la Teoría del Derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (31): 405-435.
- ATRIA, F. 1993. El Tribunal Constitucional y la objeción democrática. *Revista Chilena de Derecho* 20: 367-378.
- ATRIA, F. y SALGADO, C. 2018. El Tribunal Constitucional desatado: un poder insoportable. [en línea] El Mostrador 23 de enero de 2018 <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/01/23/el-tribunal-constitucional-desatado-1-un-poder-insoportable/>> [consulta: 29 agosto 2018]
- BASABE, S. 2008. Las preferencias ideológicas y políticas judiciales: un modelo actitudinal sobre el voto en el tribunal constitucional de ecuador. *América Latina Hoy* 49: 157-177.
- BASCUÑÁN, A. 2011. La prohibición penal de la homosexualidad juvenil. *Revista de Estudios Públicos*. 124: 129.
- BORDALÍ, A. 2001. Tribunal Constitucional Chileno: ¿Control Jurisdiccional de Supremacía Constitucional?. [en línea]. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. 12, no. 1, pp. 45-73. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2868> [consulta: 28 agosto 2018]
- BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2011. Curso de Derecho Penal. Parte especial. Santiago de Chile, Editorial Thompson Reuters.
- CANTARELLA, E. Según natura: La Homosexualidad en el mundo antiguo, Editorial Akal, Edición de 1991, p. 18, citada en RIVERA, Rodrigo. El Delito de Sodomía en el Código Penal y su posible despenalización, p. 71.
- CAPPELLETTI, M. La Justicia Constitucional: Estudios de Derecho Comparado. Ciudad de México. 357p.
- CAROCA, L. y CABELLO, S. 2011. El coto vedado como fundamento de la desobediencia civil. *Derecho y Humanidades* (18): 85-98.
- CARROLL, R. y TIEDE, L. 2012. Ideological Voting on Chile's Constitutional Tribunal: Dissent Coalition on the Adjudication of Rights. *Journal of Human Rights*, 11:85–105.
- CASAS, L. *et al.* Estereotipos de género en sentencias del tribunal constitucional. En: Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales. pp. 250-272.
- CASTAÑO, L. 2007. En defensa de la Justicia Constitucional. *Opinión Jurídica* 6 (12): 61-81.

- CAZOR, K. 2001. La jurisdicción constitucional en Chile. [en línea] *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 12, no. 1. pp. 91-106. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100006&lng=es&nrm=iso> [consulta: 28 agosto 2018]
- CHAHUÁN, M, y MORALES, J. 2009. El control constitucional bajo la doctrina, entre la política y el derecho. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
- CHARRY, J. 2017. ¿Hay un choque de trenes entre la corte constitucional y el congreso? [en línea] *El Tiempo* 9 de abril de 2017 <<http://www.eltiempo.com/politica/congreso/analisis-del-papel-de-la-corte-constitucional-en-temas-polemicos-76548>> [consulta: 29 agosto 2018]
- CORAL, J. 2009. Una reflexión acerca del Tribunal Constitucional como defensor de las minorías. *Criterio Jurídico* 9 (2): 81-97.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. 2017. [en línea]: www.rae.es [Consulta: 24 agosto 2017]
- DROBNY, S. y FÁBREGA, J. 2017. Tribunal Constitucional: ¿es la tercera cámara? [en línea] CIPER Chile 18 agosto 2017. <<https://ciperchile.cl/2017/08/18/tribunal-constitucional-es-la-tercera-camara/>> [consulta: 29 agosto 2018]
- DWORKIN, R. 1978. Los derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel.
- ELY, J. 1997. Democracia y desconfianza: Una teoría del control judicial. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- FERNÁNDEZ, F. 2007. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Pensamiento Constitucional*, 12(12): 119-190.
- FERNÁNDEZ, J. A. 2016. La constitucionalidad del delito de sodomía chileno en el nuevo contexto de la ley antidiscriminación y el caso Atala. [en línea] *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 20, 85-116. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.04> [consulta: 28 agosto 2018]
- FILLOY, M. y SOTO, M. 2010. Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Análisis Jurisprudencial del período de marzo de 2006 a marzo de 2010 en cuanto a los criterios de admisibilidad. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
- GALLEGO, A. y MENESES, C. 2003. Justicia Constitucional. De la defensa formal de la Constitución a la defensa de los Derechos Humanos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- GARGARELLA, R. 1997. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. [en línea] *ISONOMÍA* N.6, abril de 1997, <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf> [consulta: 28 agosto 2018]

- GARGARELLA, R. 2000. Los jueces frente al coto vedado. [en línea] Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Discusiones. No. 1 <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckw5w3>> [consulta: 29 agosto 2018]
- GARRIDO, M. 2005. Derecho Penal, Parte Especial. 2da edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.
- GARRIDO, M. 2010. Derecho penal, parte especial. 4ta Ed. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Tomo III.
- GARZÓN, E. Algo más acerca del “coto vedado”. [en línea] https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10845/1/Doxa6_12.pdf [consulta: 28 julio 2018]
- GARZÓN, E. El consenso democrático: fundamento y límite del papel de las minorías. [en línea] <https://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html> [consulta: 28 julio 2018]
- GIRALDO, A. 2014. Legitimidad de la jurisdicción y de los tribunales constitucionales, necesidad de límites al poder y de garantía de derechos en Colombia después de la Constitución de 1991. [en línea] Diálogos de Derecho y Política, N° 15 <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/21760/17948> [consulta: 29 agosto 2018]
- HARO, R. 2001. El Control de Constitucionalidad y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales. *Revista Derecho y Sociedad*, (16): 37-44.
- HORMAZÁBAL, H. 2006. El Nuevo Tribunal Constitucional: los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad. Santiago de Chile, LexisNexis.
- JIMÉNEZ, C. 2013. El poder judicial y la defensa de la Constitución en Carl Schmitt. *Revista de Estudios Políticos* (161): 41-67.
- LABATUT, G. 1964. Derecho Penal. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. Tomo II, p. 234. Citado en ROSSI, Paola. 1998. Rechazo a la despenalización de la sodomía. *Revista Chilena de Derecho*, 25 (4).
- LEGARRE, S. y RIVERA, J. 2006. Naturaleza y Dimensiones del “Stare Decisis”. *Revista Chilena de Derecho*. 33 (1): 109-124.
- LOPERA, G. 2001. La problemática legitimidad de la justicia Constitucional. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. España. Pp. 227-256.
- MAURINO, G. 2015. Democracia, Derechos y Control Judicial. Versiones de Carlos Nino. *Análisis Filosófico* 35 (2): 243-263.
- MEZZETTI, L. 2009. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios Constitucionales* 7 (2): 281-300.
- MEZZETTI, L. Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios Constitucionales*.

- MOHOR, S. 2011. Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005. *Estudios sobre Justicia Constitucional* 1: 103-123.
- NOGUEIRA, H. 1993. La Justicia Constitucional como defensa de la Constitución. *Revista Chilena de Derecho*, (20), 417-439.
- NOGUERA, A. 2011. ¿Democratizando la justicia constitucional? La articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación en el viejo y nuevo constitucionalismo. *Oñati Socio-Legal Series* 1(2): 1-27.
- OXMAN, N. 2007. Introducción a los fundamentos de los delitos contra la libertad sexual. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad Central. Facultad de Derecho.
- OXMAN, N. 2007. Libertad sexual y estado de derecho en Chile (Las fronteras del Derecho Penal Sexual). Santiago de Chile, Librotecnia.
- PHILLIPS, L. Homosexualidad: Estudio Médico, Legal y social de la inversión” citado en RIVERA, Rodrigo. “El Delito de Sodomía en el Código Penal y su posible despenalización.
- PICA, R. 2010. El procedimiento correspondiente al proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional. EN: NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones Jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional*. 1ª ed. Chile. Librotecnia. Pág. 254-261.
- POLITOFF, S. et al. 2004. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica.
- REYES, J. Supremacía Constitucional y Sistema Nacional de Control. *Revista Chilena de Derecho*. 20: 449-452.
- RÍOS, L. 2002. El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 13: 39-67.
- RÍOS, L. 2015. La Jurisdicción Constitucional en Chile. *Revista Hemiciclo*, (13): 41-62.
- RÍOS, L. 2016. Elementos fundamentales de la justicia constitucional. [en línea] *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 5, 309-334. <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50361>> [consulta: 28 agosto 2018]
- RIVERA, R. El Delito de Sodomía en el Código Penal y su posible despenalización. p. 75.
- RODRÍGUEZ, L. 2000. *Delitos Sexuales, de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- ROSSI, P. 1998. Rechazo a la despenalización de la Sodomía desde el punto de vista del Magisterio de la iglesia y del Derecho Natural. *Revista Chilena de Derecho*, 25 (4): pp. 915-937.

- SALINAS, C. 2010. Nueva Justicia Constitucional: Diálogo de competencias entre la cortesuprema y el tribunal constitucional a la luz del recurso extraordinario del proyecto de ley para un nuevo código procesal civil. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho.
- SILVA, A. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA, A. y SILVA, M. 2016. Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Público*, 69: 347-378.
- SILVA, L. 2016. La Supremacía Constitucional: Fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. En: Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales. Chile.
- SOLARI, E. 2015. Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena. *Revista Derecho del Estado* 35: 201-241.
- URIBE, E. 2004. Derechos humanos y justicia constitucional en México. [en línea] Espiral, Vol. 10 <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13803002>> [consulta: 27 de agosto de 2018]
- VELÁSQUEZ, A. 1999. El caso Bonham. *Revista de Derecho* (Universidad del Norte), (11): 137-140.
- VERDUGO, M. *et al.* 1999. Derecho Constitucional. Tomo II. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VIAL, T. y DEL PINO, S. 2015. El Tribunal Constitucional y la Homosexualidad: Análisis de las Sentencias Roles 2435 y 2681, a la luz de su jurisprudencia anterior sobre discriminación por orientación sexual. En: Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales.
- ZAPATA, F. 2012. El artículo 365 del Código Penal: Análisis crítico del delito. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p. 3.
- ZAPATA, P. 2008. Justicia Constitucional. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- ZAPATA, P. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, Biblioteca Americana, Universidad Andrés Bello, 2002.
- ZEGERS, M. y MACKENEY, T. 2010. El Tribunal Constitucional, el Control de Constitucionalidad y la Declaración de Inaplicabilidad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ZÚÑIGA, F. 2010. La relación Tribunal Constitucional-Tribunales del fondo y los efectos de la sentencia de inaplicabilidad acerca de los presupuestos de la acción. En: NOGUEIRA, H. Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones Jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional. 1ª ed. Chile. Librotecnia. Pág. 263-277.

Tribunal Constitucional

STC. 5 de marzo de 2007. Rol N° 740-07.
STC. 12 de noviembre de 2007. Rol N° 986-07.
STC, 26 de diciembre de 2007. Rol N° 679-07.
STC, 10 de junio de 2008. Rol N°943-07.
STC. 18 de junio de 2009. Rol N° 1414-09.
STC, 13 de abril de 2010. Rol N° 1683-10.
STC. 17 de abril de 2010. Rol N°1710-10.
STC. 2 de julio de 2014. Rol N° 2681-14.
STC. 2 de agosto de 2017. Rol N° 3728-17.
STC. 13 de octubre de 2017. Rol N° 3958-17.
STC. 26 de octubre de 2017. Rol N° 4012-17.

Jurisprudencia Internacional

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-683/15. 4 de noviembre de 2015.
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Unificación 214/16. 28 de abril de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-423/17. 4 de julio de 2017.
SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Sentencia de 22 de enero de 1973. Caso Roe vs. Wade.
SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Sentencia de 26 de junio de 2015. Caso Obergefell vs. Hodges.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA. Sentencia 2/90. mayo de 1993.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA. Sentencia 01/02. julio de 2002.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA. Sentencia 1164/07. julio de 2009.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA. Sentencia 2019/16. noviembre de 2017.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 53/1985. 11 de abril de 1985.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 198/2012. 6 de noviembre de 2012.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 145/2015. 25 de junio de 2015.

Constituciones Políticas

Alemania.

Argentina.

Austria.

Bolivia.

Brasil.

Chile.

Colombia.

Ecuador.

Estados Unidos.

España.

Francia.

Paraguay.

Perú.

Uruguay.

Venezuela.

Otros

Boletín N°6685-07. 3 de septiembre de 2009.

CÁMARA DE DIPUTADOS. Redacción de Sesiones. Legislatura 357^a. Sesión 75^a. Jueves 3 de Septiembre de 2009.

Discusión en Sala del Senado. 15 de enero de 2002.

Historia de la Ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Mensaje del Ejecutivo, p. 9.
Disponible en www.bcn.cl.

Informe en Derecho. La inconstitucionalidad del art 365 del Código Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2002.