



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CONSENTIMIENTO Y AUTONOMÍA SEXUAL;
UNA MIRADA CRÍTICA AL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL.**

Memoria de Prueba para Optar al Grado Académico de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

PAZ IGNACIA GONZÁLEZ SILVA
PROFESOR GUÍA: LUIS FELIPE ABBOTT MATUS

2022

*A mis papás por darme las herramientas y apoyo incondicional,
A mis hermanos por enseñarme que en cada uno de nosotros habita un ser único
y especial,
A mis sobrinos por darme la motivación de aportar mi granito de arena en intentar
hacer de este un mundo más justo,
A mi familia en general por su preocupación y compañía.*

*“Dulce joven,
dime ¿por qué, triste y suspirando, vagas
por estos apacibles lugares? Te lo ruego, dime la verdad,
¿cuál es tu nombre? Él respondió: “Mi nombre es Amor.”
Inmediatamente, el primero se dio la vuelta hacia mí
y grito: “Está mintiendo, ya que su nombre es Vergüenza,
pero yo soy Amor, y yo estaba acostumbrado a estar
solo en este bello jardín, hasta que él vino
sin ser llamado durante la noche; yo soy el verdadero Amor,
yo lleno los corazones de ella y de él con fuego mutuo.”
Después suspirando, dijo el otro: “Entonces permíteme que me presente,
yo soy el Amor que no se atreve a pronunciar su nombre.”*

- Lord Alfred Douglas, *Two loves*. ¹

¹ Extracto del Poema *Two Loves*, fue usado como evidencia del romance que mantuvo Lord Alfred Douglas y Oscar Wilde en los juicios seguidos contra este último. Oscar Wilde, al igual que tantos otros, fue asediado por su orientación sexual, siendo incluso condenado por el delito de *indecencia* y *sodomía*. Hay historiadores que señalan que Wilde antes de morir habría señalado «**No tengo duda de que ganaremos. Pero el camino será largo y lleno de monstruosos martirios**».

ÍNDICE.

0. INTRODUCCIÓN.....	01
1. CAPÍTULO 1; ¿Qué es el consentimiento?.....	04
1.1 Definición.....	14
1.2 Tipos de consentimiento, y sus expresiones en la legislación.....	05
1.2.1 Consentimiento en materia Civil.....	06
1.2.1.1 Error.....	09
1.2.1.2 Fuerza.....	09
1.2.1.2.1 Fuerza grave.....	10
1.2.1.2.2 Fuerza injusta o ilícita.....	10
1.2.1.2.3 Fuerza determinante.....	10
1.2.1.3 Dolo.....	11
1.2.2 Consentimiento en materia Comercial.....	11
1.2.2.1 Sobre la oferta.....	11
1.2.2.2 Sobre la Aceptación.....	12
1.2.2.2.1 La Aceptación expresa.....	12
1.2.2.2.2 La aceptación tácita.....	12
1.2.2.2.3 La aceptación pura y simple.....	12
1.2.2.2.4 La aceptación condicionada.....	12
1.2.3 Consentimiento Informado.....	12
1.2.4 Consentimiento en Ley de Menores.....	13
1.2.5 Consentimiento en Ley de trasplantes.....	14
1.2.6 Consentimiento en Materia Penal.....	15
1.2.6.1 Titularidad.....	17
1.2.6.2 Libertad y conciencia.....	19
1.2.6.3 Exteriorización.....	19
1.2.6.4 Capacidad.....	19
1.3 Expresiones del consentimiento en Materia Penal.....	19
2 CAPÍTULO 2; El Consentimiento Sexual.....	20
2.1 ¿Qué es el consentimiento?.....	20
2.1.1 Consentimiento entregado libremente.....	21
2.1.2 Consentimiento entregado con convencimiento.....	21
2.1.3 Consentimiento informado.....	22
2.1.4 Consentimiento específico.....	22
2.1.5 Consentimiento reversible.....	22
2.2 Sobre la autonomía sexual.....	23
2.3 Sobre la libertad e indemnidad sexual.....	25
2.4 Expresiones del consentimiento sexual en el Código Penal.....	26
2.4.1 Particularidades del consentimiento en el Código Penal.....	27

3	CAPÍTULO 3; Artículo 365 Código Penal.....	29
	3.1 De la sodomía en el Código Penal Chileno.....	29
	3.2 Historia.....	30
	3.2.1 Antes de la entrada en vigor del Código Penal.....	31
	3.2.1.1 Fuero Juzgo.....	31
	3.2.1.2 Novísima Recopilación.....	32
	3.2.1.3 Las siete partidas.....	32
	3.2.2 Código Penal de 1874.....	33
	3.2.3 Reforma de 1972.....	36
	3.2.4 Reforma de 1999.....	37
	3.3 Análisis del Delito de Sodomía.....	38
	3.3.1 Tipo.....	38
	3.3.2 Tipicidad.....	38
	3.3.3 Acción.....	39
	3.3.4 Verbo rector.....	39
	3.3.5 Sujetos.....	40
	3.3.5.1 Sujeto activo.....	40
	3.3.5.2 Sujeto pasivo.....	41
	3.3.6 Antijuridicidad.....	41
	3.3.6.1 Cumplimiento de un deber.....	42
	3.3.6.2 Legítima defensa.....	42
	3.3.6.3 Estado de necesidad.....	43
	3.3.6.4 Consentimiento de la víctima.....	43
	3.4 Intentos de reforma.....	44
	3.5 Análisis del art. 365 desde la perspectiva de la diferencia con la norma general del consentimiento.....	45
4	CAPÍTULO 4; Algunas consideraciones.....	47
	4.1 Contraste del Delito de sodomía, con otros delitos contra menores.....	47
	4.2 Otros derechos vulnerados.....	52
	4.2.1 Transgresión a la Igualdad ante la ley.....	52
	4.2.2 Derecho a la vida privada e intimidad.....	54
	4.2.3 Derecho a la no discriminación con base en la orientación sexual.....	55
	4.2.4	
5	Conclusiones.....	57
	5.1 De la necesidad de reconocer Autonomía Sexual desde una perspectiva integradora de la diversidad.....	58
	5.2 De la necesaria derogación del art. 365 del Código Penal.....	58

INTRODUCCIÓN.

Mediante el presente trabajo lo que se busca es plantear una mirada crítica a la configuración de la de la autonomía brindada a niños, niñas y adolescentes en nuestro país a la hora de establecer vínculos de connotación sexual, así como vínculos sexo afectivos para con otros. En razón de esto, se toma como referencia a la hora de plantear la discusión la existencia de una norma disímil en cuanto a consentimiento, la diferencia plasmada en los artículos 362 y 365 del código penal, donde a través de sus respectivos textos podemos notar la existencia de una suerte de habilitación diferente para las relaciones homosexuales de las heterosexuales, siendo el estándar mucho más alto para las primeras, de modo que se buscará resolver si “¿Es la Autonomía Sexual un derecho para todos los jóvenes?”, y si la existencia de esta norma plantea un perjuicio o vulneración a un grupo determinado.

La situación es de interés dado que si bien la edad de consentimiento tiene como clara finalidad la protección de la indemnidad sexual de los niños, niñas y jóvenes en aquellos posibles casos en que se pueda estimar que no son plenamente conscientes o capaces de concurrir en la determinación de su participación en un acto de connotación sexual, no es del todo claro porque la protección no es equitativa, y parece ser que se orienta más a una forma de discriminación en razón de la orientación sexual basado en consideraciones retrogradadas que carecen de un efectivo sustento dogmático.

El punto anterior se analizará considerando que nuestro país es uno de los pocos territorios en América Latina que mantienen aún esta distinción (sin considerar aquellos que aun consideran derechamente ilegales las relaciones de carácter homosexual) aun cuando organizaciones como UNICEF o Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia han recomendado terminar con este tipo de disposiciones.

Es del todo atinente considerar el momento histórico en que nos encontramos, en donde muchas personas (principalmente mujeres) han decidido alzar la voz a través del “*Me too Movement*” por medio del cual se han denunciado diversas situaciones que involucraron amenazas a la autonomía e indemnidad sexual de jóvenes, niñas y niños de todo la orbe, lo que hace prudente abrir la discusión sobre el consentimiento, sus límites y manifestaciones, así como una existencia tendiente a la cultura de la violación que facilita la transgresión de derechos sexuales en ambientes que deberían ser esencialmente seguros.

El presente trabajo se ha estructurado bajo una lógica inductiva, por lo que se busca alcanzar una conclusión basada en los datos e información otorgada a lo largo de esta exposición, por lo que se comienza con un cuestionamiento básico de que es el consentimiento desde una perspectiva lega o no jurídica, para luego introducirse en su concepción más formal desde la mano del derecho, así como en las distintas expresiones que este tiene en nuestra legislación, tratando el consentimiento desde la realidad de diferentes materias o áreas, generado diferentes tipos y subtipos, así como estándares y elementos, siendo el de principal interés el concepto que se ha entendido en la rama penal, como este ha encontrado su adopción en el código y como se plasma en las figuras típicas de los delitos.

Los esfuerzos del presente documento se dirigen a ahondar en el consentimiento sexual y los elementos que no pueden faltar para la efectiva configuración de este, donde será necesario hacer referencias a temáticas como la autonomía y la indemnidad sexual para entender la especial relevancia que tiene su consagración, esto considerando que no se han establecido límites claros por parte del legislativo de cuáles son los supuestos indispensables para su existencia; así se analizará aquellas disposiciones que han apuntado al consentimiento, en especial aquellas que dicen relación con el establecimiento de una edad sin dejar pasar por alto las particularidades que la configuración de esta forma de consentir ha tendido en el Código Penal.

En relación con lo antes mencionado, nos referiremos a como en Chile se ha abordado la temática del delito de sodomía históricamente, pasando por el ya derogado artículo 364 del Código Penal, hasta llegar a que en la actualidad aún hay normas que se erige como discriminatorias, y pese a los intentos de una parte del poder legislativo de avanzar en esta materia buscando su derogación, es un proceso que aún no se alcanza. Para esto se ahondará en el art. 365 del Código Penal, analizado la configuración de su tipo penal y su historia, entre otros elementos sustantivos como lo son el propio contraste con la norma general de consentimiento de actividades sexuales por parte de niños, niñas y adolescentes.

En este trabajo se busca señal como es que el derecho, principalmente en su vertiente penal, de alguna forma ha contribuido en la patologización, discriminación y reproche de conductas que de índole homo sexual

El presente trabajo se corona con algunas consideraciones orientadas a un contraste del delito de sodomía con otros delitos de carácter sexual cometidos en contra menores, planteando como eje central algunas reflexiones sobre la diferenciación entre relaciones hetero y homo sexuales, donde muchas veces la orientación sexual pese a ser un derecho propio de todas las personas termina siendo una forma de opresión para aquellos que forman parte de esta minoría, especialmente en consideración del derecho progresivo que se le reconoce a la población más joven de esta sociedad de determinar su actividad sexual.

Esta tesina se compone, además de lo antes mencionado, de un ápice destinado a aquellos derechos, distintos a la libertad sexual, que son vulnerados con la mantención en el Código Penal de una norma que establece la ilegalidad de las relaciones consentidas entre personas del mismo sexo cuando uno de ellos sea menor de 18 años, pero mayor de 14, esto desde una perspectiva Constitucional, así como de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. CAPÍTULO 1.

¿Qué es el consentimiento?

1.1 Definición.

Para hablar de consentimiento parece prudente que el primer ejercicio se oriente a entender qué es lo que se busca referir con este vocativo desde el punto de vista de su origen etimológico, así como su definición.

Cuando hablamos de la etimología de la palabra *consentimiento* debemos entender que proviene del latín *consensus*; *cum* con y *sentire* sentir y significa, por consiguiente, el acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cuestión.²

También podemos encontrar en una rápida búsqueda por internet la siguiente información relativa a su definición: “Enunciado, expresión o actitud con que una persona consiente, permite o acepta algo.”³ De la definición anteriormente presentada es posible captar que el consentimiento es la forma mediante la cual las personas brindan su aceptación o conformidad a determinada situación que les compete. Así, de acuerdo con su definición general no contempla la existencia de una forma unívoca de llevarlo a cabo, al menos en un ámbito lego, dado no se agota en una sola expresión o modalidad, no exige una necesaria verbalización o escrituración para su efectiva entrega, muchas veces puede quedar reducida a un gesto, e incluso hay casos en donde el consentimiento se entiende prestado con el mero silencio de quien debe entregarlo.

El consentimiento es una suerte de decisión que nos acompaña en las acciones más cotidianas que llevamos a cabo en el día a día, pero que se torna

² Llanos, A. (1944). El principio de la Autonomía de la Voluntad y sus limitaciones. *Santiago de Chile: Universidad de Chile.*

³ Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio. (2020) RECOMENDACIONES AMBIENTES DE TRABAJO LIBRES DE VIOLENCIA DE GÉNERO. pp.3

especialmente relevante en aquellos casos en que se compromete un bien jurídico de los de mayor relevancia, por lo que no es raro toparnos en otras acepciones de la palabra consentimiento con definiciones que apuntan a ámbitos principalmente legales, así podemos ver:

2. m. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.

3. m. Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.⁴

Bajo esta visión es claro que el consentimiento juega un rol importante para la disciplina del derecho, donde cada una de las materias que lo componen regula como es que esta voluntad de aceptar, negarse o abstenerse a determinada conducta debe ser entendida.

1.2 Tipos de consentimiento, y sus expresiones en la legislación

Como se trataba en el punto anterior, ni en las situaciones cotidianas ni en el derecho existe una forma única de brindar la conformidad, si no que dependiendo de cada materia es que podremos encontrar una forma más o menos concreta de asentir, así también en el derecho, donde podemos encontrar diversas construcción sobre este punto, que si bien, parecen no conectar directamente con lo que vendría siendo el consentimiento en materia penal, no debemos olvidar que terminan de alguna manera influenciando o tiñendo de consideraciones la concepción final que del consentimiento que albergamos cada persona más allá de los textos legales y que implica la expresión mas cotidiana del concepto de consentimiento, con todo lo

⁴ Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [20 de Julio 2020].

antes expuesto es que no podemos olvidar las consideraciones que se hacen en las materias que a continuación referimos donde tenemos:

1.2.1 Consentimiento en materia Civil:

En la materia Civil podemos encontrar referencias sobre el consentimiento sobre todo al referirnos a las teorías del Acto Jurídico, dado que en esta materia es donde el termino ha sido desarrollado en la búsqueda de explicar los requisitos que constituyen elementos esenciales o de la esencia de un acto jurídico.

En materia Civil los elementos esenciales del Acto Jurídico lo que conllevan es que sin la inclusión de estos en el acto de que se trata, este no puede nacer al derecho o en otras palabras deviene en que el acto que se busca gestionar no produzca efecto alguno.

Los elementos del Acto jurídico se encuentran contenidos en el artículo 1445 del Código Civil, el cual señala que:

Art. 1445 Código Civil. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Dentro de los elementos de la esencia del acto jurídico tenemos: el objeto, la causa y la voluntad; y estos elementos por lo antes mencionado se constituyen como requisitos de existencia.

Y en palabras más técnicas podemos decir que “los requisitos de existencia son indispensables para que el acto nazca a la vida del derecho, para que exista como

tal y produzca efectos. Si falta, el acto es jurídicamente inexistente, por lo que no produce efecto alguno.⁵

Ahora bien, estos elementos cuando son concebidos de manera imperfecta pasan a conformar una categoría diferente; y es lo que en derecho se conoce como requisitos de validez del acto Jurídico, donde la voluntad (el elemento que nos es relevante dada la materia de la presente tesis) existe como requisito en cuanto la *voluntad debe ser exenta de vicios*.

En estos términos la doctrina ha construido el concepto de requisitos de validez apuntado a la idea de que “son los [elementos] necesarios para que este [el acto jurídico] tenga una vida sana y produzca sus efectos en forma estable.”⁶ Donde pese a que el acto pueda nacer al mudo del derecho nos encontramos que con que “la omiso de un requisito de validez no impide que el acto nazca; que produzca sus efectos. Pero nace enfermo, con un vicio que lo expone a morir invalidado.”⁷

ahora bien, para entender como la falta de voluntad (atendida en su vertiente de requisito de existencia) o el vicio de la voluntad (entendida como requisito de validez) debe ser desmenuzada para llegar a su vinculación con el consentimiento.

En primer lugar, cuando hablamos de voluntad debemos decir que jurídicamente esta se ha definido como “el libre querer interno de hacer o no hacer alguna cosa”⁸ La cual debe ser entregada cumpliendo los requisitos en cuanto a su manifestación, a la seriedad, a la libertad con que se entrega y la sinceridad con que se presta.

Cuando hablamos de como el art. 1445 conceptualizaba los requisitos del acto jurídico vimos que para que una persona se obligue es necesario que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; así la voluntad cuando se trata de actos jurídicos bilaterales se materializa en el consentimiento así

⁵ Vial, V. (2006). Teoría general del acto jurídico. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile*. p.36.

⁶ Vial, V. (2006). Teoría general del acto jurídico. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile*. p.38.

⁷ Ibidem

⁸ Carlos L Díaz, ESQUEMAS PARA EXAMEN DE GRADO - Derecho Civil; Santiago, Editorial El Jurista de grado. p.65

encontramos que “la voluntad en los actos jurídicos bilaterales toma el nombre de consentimiento” el que se refleja en el acuerdo de voluntades de las partes.

El consentimiento para ser otorgado debe estar conteste de una serie de elementos para tener validez y estos dice relación con el:

- Objeto
- Causa
- Solemnidades

En la regulación civil sin embargo es importante tener presente que existen situaciones en que el silencio puede representar una manifestación de la voluntad⁹, las que pese a no constituirse con los requisitos antes mencionados se erigen como una manifestación válida, lo que de alguna forma es curioso visto desde la perspectiva del consentimiento sexual donde no existe tal forma de otorgar el consentimiento.

Ahora bien, existe una serie de situaciones, en donde pese a prestarse el consentimiento está reglamentado que este se encuentra viciado, pasado a formase los famosos *vicios del consentimiento*.

⁹ Se discute si puede o no atribuirse al silencio el significado de una manifestación de voluntad. La regla general es la negativa, pero excepcionalmente puede tener el valor de una manifestación de voluntad.

i. La ley puede atribuir al silencio el valor de manifestación de voluntad:

- Asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia la herencia, se entiende que repudia (Art. 1233 CC)
- Personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, transcurrido un término razonable desde que se les hace el encargo, su silencio se mira como aceptación (Art. 2125 CC).

ii. Las partes pueden atribuir al silencio el valor de manifestación de voluntad:

En la sociedad o el arrendamiento, es frecuente que las partes establezcan que si al vencimiento del plazo nada se dice, se entenderá renovado el contrato.

iii. El juez puede atribuir al silencio el valor de manifestación de voluntad:

Silencio circunstanciado: aquel que necesariamente debe ir acompañado de antecedentes o circunstancias externas que permitan atribuir al silencio, inequívocamente, el valor de una manifestación de voluntad.

Los vicios del consentimiento: son mencionados por el art. 1451 del CC. que dice:

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.

1.2.1.1 Error: cuando hablamos de error como vicio del consentimiento debemos entender por este la situación mental en que se encuentra el sujeto que busca prestar su consentimiento la que está marcada por un halo de ignorancia de alguna arista, o la falsa convicción o concepto que se tiene de la realidad o de una norma de derecho.

En este sentido lo que la doctrina ha dicho es que existe error relevante para el derecho cuando “Lo que determina a una persona a manifestar su voluntad es el conocimiento que tenga de la realidad. Existe en el sujeto un hecho psicológico de carácter positivo (representación de la realidad) que lo induce a actuar, pero dicha representación es falsa por ignorancia o equivocación”

Ahora bien, el error se puede dar en distintos contextos, así encontramos que este existe como Error de Derecho y como Error de hecho; y sobre este último punto existe la posibilidad de que se de como Error esencial u obstáculo, Error sustancial, Error Accidental y Error en la persona¹⁰

1.2.1.2 Fuerza: corresponde a los apremios o coacción que se ejerce contra alguien sea de manera física o moral, esto con la intención de modificar su voluntad o influir en esta de manera que se afecta la decisión primigenia o libre la podría adoptar. En este sentido la doctrina se ha inclinado a decir que la fuerza tiene que ver con los “apremios físicos o

¹⁰ Por no ser materia de la presente tesis no es posible ahondar en este tema, sin embargo, para mayor ahondamiento en la materia se recomienda revisar: Vial, V. (2006). Teoría general del acto jurídico. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

morales que se ejercen sobre una persona destinados a que se preste u consentimientos para la celebración de un acto jurídico”¹¹

Se entiende que la fuerza vicia o afecta el consentimiento toda vez que este se impone como un límite a la libertad que el sujeto debe ejercer a la hora de tomar una decisión que importe desde la perspectiva del derecho.

La fuerza, como antes se indicó en el contexto de los vicios del consentimiento, debe cumplir con una serie de requisitos legales para que vicie el consentimiento; y estos son que sea grave, que sea injusta o ilícita, y que sea determinante.

- 1.2.1.2.1 Fuerza Grave: tiene que ver con la impresión que es capaz de generar en una persona, de modo que será graven en la medida que genere una impresión en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.¹²
- 1.2.1.2.2 Fuerza injusta o ilícita: El CC no lo exige, pero hay consenso en la doctrina nacional en que el apremio debe ser contrario a la ley o al derecho.
- 1.2.1.2.3 Fuerza determinante: El consentimiento obtenido con la amenaza debe ser consecuencia inmediata y directa de ella, de modo que, sin la fuerza, la víctima no habría celebrado el acto para el cual se la forzó.

La regulación de la fuerza se también incluye aspectos referentes a de quien debe provenir dicha coacción, y vertientes como el temor referencial, la fuerza moral o el estado de necesidad.¹³

¹¹ Vial, V. (2006). Teoría general del acto jurídico. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile.*

¹² ACTO JURÍDICO. (s.f). Santiago. Naranjo e Ibarrola. p.30

¹³ Sin embargo, para conocer más respecto a este punto se aconseja revisar el material bibliográfico referente al texto Vial, V. (2006). Teoría general del acto jurídico. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile.*

1.2.1.3 Dolo: tiene que ver al igual que en el Error con una falsa representación de la realidad, pero con la diferencia de que en vez de esta venir de la equivocación o ignorancia, cuando se trata del dolo existe la intencionalidad por parte de un tercero de generar para la víctima del dolo la confusión, existe una suerte de “maquinación o maniobra fraudulenta fraguada por otra persona para engañar e inducir a error al sujeto”¹⁴

Ahora bien, para entrar en el concepto claro de consentimiento la materia civil se ha apoyado en la conceptualización que para esta hizo el código de comercio, por lo tanto, nos remitiremos a este punto.

1.2.2 Consentimiento en materia comercial:

Esta materia ha sido regulada en el código de comercio en los artículos 96 y siguientes de este cuerpo legal, debido a que se plantea la noción de oferta y aceptación.

1.2.2.1 Sobre la Oferta se establece que se trata de un acto jurídico en donde una de las partes le presenta la opción a la otra de celebrar o ser parte de una determinada convención, la cual según el código de comercio señala, puede existir en la modalidad expresa o tácita.

La primera de estas tiene que ver con la escrituración y/o verbalización de una declaración que tiene por objeto directo la intención conseguir el acuerdo sobre un negocio jurídico. Mientras que la segunda tiene que ver con manifestación que lleva a cabo alguien de concretar la celebración de un acto jurídico, pero en vez de decirlo o escribirlo, se puede apreciar un comportamiento que nos lleva a la conclusión inequívoca de que lo que se busca es eso.

¹⁴ Vial, V. (2006). Teoría general del acto jurídico. *Santiago, Editorial Jurídica de Chile*. p.115

1.2.2.2 En cuanto a lo que dice relación con la Aceptación, esta tiene que ver con la aprobación o adhesión a una oferta que se le ha formulado por parte de otro. En este contexto encontramos que la aceptación puede darse de muchas maneras:

1.2.2.2.1 La aceptación expresa: corresponde a la manifestación que emana de quien debe prestar su consentimiento la cual se desarrolla en términos explícitos y directos.

1.2.2.2.2 La aceptación tácita: tiene que ver con la existencia de una expresión distinta a la verbal (por ejemplo, un comportamiento) que da a entender de manera clara y sin margen para dudas que se consiente con la oferta.

1.2.2.2.3 La aceptación pura y simple, vale decir que se acepte sin consideraciones, en los mismos términos en que se planteó (artículo 101 Código de Comercio)

1.2.2.2.4 La aceptación condicionada: se trata de los casos en donde se acepta, pero haciendo reparos o introduciendo modificaciones a la oferta inicial (art. 102 Código de Comercio)

1.2.3. Consentimiento Informado:

Cuando hablamos de consentimiento informado debemos entrar al plano del derecho que dice estricta relación con la voluntad que pone un paciente en someterse a un procedimiento médico, conociendo los riesgos y beneficios que este puede importarle.

En este sentido se ha dicho: *“El consentimiento informado es la aceptación racional por parte de un paciente de una intervención médica o la elección entre cursos alternativos posibles. Esta intervención puede ser de orden terapéutica o diagnóstica. El concepto de decisiones autónomas va así más allá del cumplimiento de una norma jurídica sobre consentimiento informado, por lo que no debemos perder de vista el fundamento ético de esta necesaria relación entre el profesional de la salud y el paciente, en un ámbito de confianza personal, de información*

otorgada en forma honesta, sincera, verdadera, de manera de obtener el consentimiento de éste para un determinado tratamiento.”¹⁵

Respecto de esta materia se ha dicho que el consentimiento en estos casos debe caracterizarse por ser entregado de manera libre, voluntaria y consciente, siendo necesario para esto la obligatoria concurrencia de la información médica previa, completa y verídica.

Si bien la visión que a este respecto tiene la medicina dice relación con la *Lex Artis* que los rige, el consentimiento informado es un deber jurídico que se reconoce legalmente a través de la “*Ley N°20.584 sobre Derechos y Deberes del paciente y la Ley N°20.120 que lo reconoce con carácter obligatorio para todas las personas que participen en estudios clínicos o investigación científica de carácter médico.*”¹⁶

1.2.4 Ley de Menores:

La ley de menores se refiera a la materia del consentimiento en cuanto esta ley regula el matrimonio de niños, niñas y adolescentes.

En este sentido se habla de que el consentimiento en los artículos 105 y ss. Señalando que existen casos en que para contraer matrimonio es menester contar con el consentimiento de terceros y los casos en que no, señala que pasa si no cuenta con los ascendientes directos para otorgar el consentimiento.

Respecto de como debe ser este consentimiento, la ley no ha señalado un procedimiento más allá del requisito que dice relación con que este debe ser expreso. Lo que atendido a la doctrina que rige la materia civil que es finalmente la que resulta subsumible a estos casos dice relación con la existencia de una

¹⁵ Ávalos J, Nicolás, & Tapia M, Sandra. (2013). Consentimiento informado: síntesis de teoría actual y recomendaciones. *Revista chilena de cirugía*, 65(5), p. 448-453. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-40262013000500014>

¹⁶ Ibidem.

manifestación positiva y comprobable por el oficial del registro civil que lleve a cabo el matrimonio.

1.2.5. Ley de trasplantes:

La ley de trasplantes o ley 19.451 es la encargada de establecer normas relativas al trasplante y donación de órganos, por lo que en este contexto tan delicado el consentimiento es sumamente relevante, encontrando que a este respecto se ha pronunciado la OMS diciendo que el consentimiento es “la piedra angular ética de toda intervención médica”¹⁷ y si bien el miramiento que existe en esta materia es desde la perspectiva ética (como ocurría en el consentimiento informado) no implica que esta mirada no haya sido positivizada.

En este contexto los distintos países han optado por 2 modelos de definición del consentimiento para las donaciones y trasplantes; este puede ser del tipo expreso o el presunto:

Consentimiento expreso: “aquél en que las personas deban manifestar expresamente en vida si desean o no convertirse en donantes al momento de su muerte”¹⁸ Lo que implica que solo quienes hayan dejado registro, legalmente emitido, respecto de la posibilidad de disposición de sus órganos podrán ser donantes.

Consentimiento presunto: “presume que hay consentimiento para procurar los órganos y tejidos de toda persona en muerte cerebral a no ser que exista un registro expreso de su rechazo a ser donante”; esta vertiente a diferencia de la anterior lo

¹⁷ Organización Mundial de la Salud, Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos, resolución WHA63.22.

¹⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, Sistemas de donación de órganos en el Derecho Comparado, disponible en:

https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15473/5/Sistemas%20de%20donacion%20de%20organos%20en%20el%20Derecho%20Comparado_def_v4.pdf (noviembre, 2018).

que hace es presentar un escenario donde todos somos donantes, salvo que haya una oposición constatable de la voluntad de no serlo.

El consentimiento en esta materia en nuestro país ha transitado entre estas 2 vertientes, existiendo un primer periodo en que la donación estaba sujeta a la voluntad expresada en consonancia con la donación y el actual que se caracteriza por la necesidad de una expresión en contrario.

La antigua redacción de la ley determinaba en su artículo 9:

Que el donante debía manifestar su voluntad mediante una declaración firmada ante notario.

Sin embargo, contemplaba otras instancias como:

- Una consulta al momento de obtener la Cédula de Identidad
- Al momento de obtener o renovar la licencia de conducir vehículos motorizados.
- La voluntad de donar podrá expresarse al tiempo de internarse en un establecimiento hospitalario

Si embargo estas formas tan particulares de dejar constancia de la intención, el artículo sexto establece que El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la extracción.

Lo antes expuesto nos da luces relativas a como en nuestra legislación el concepto de consentimiento ha sido esgrimido y desarrollado, visión que nos servirá para atender y formarnos una idea respecto del consentimiento en materia penal que es a lo próximo que nos remitiremos.

1.2.6 El consentimiento en materia Penal:

Cuando nos encontramos frente al plano del consentimiento en materia penal tenemos que este se caracterizará por la aceptación de parte del titular de un bien jurídico de que este, en efecto, sea perturbado, sin que esta turbación del estado anterior implique una responsabilidad penal como consecuencia, dado que como ya se mencionó anteriormente, va a mediar una suerte de aquiescencia, cobrando todo el sentido el antiguo aforismo Romano "*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*"; es decir, "lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto". Con ello hay que entender por "*iniuria*" no sólo la injuria en sentido estricto, sino cualquier lesión de los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad, e incluso la vida)¹⁹

Respecto de este consentimiento es necesario precisar que solo puede ser otorgado con anterioridad a la comisión del hecho típico, puesto que si se hace con posterioridad nos encontraríamos más bien el supuesto del perdón del ofendido, lo cual compone una figura totalmente distinta al consentimiento que se caracteriza por no extinguir la acción penal y como dice el código se trata de aquellos delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado.

Ahora bien, la situación es la siguiente, tenemos que hacer presente una suerte de triada a la hora de presentar el consentimiento en esta materia, así nos sumamos a la idea planteada por Beatriz Escudero García-Calderón que hace referencia a la existencia de tres escenarios distintos que pese a sus conceptualizaciones disimiles se consideran como manifestaciones de la voluntad de consentir un acto igualmente; estos son:

Cuando en Derecho penal se habla del consentimiento del titular del bien jurídico, se hace referencia, por un lado, a los supuestos en los que dicho titular se resigna y permite que un tercero afecte al bien jurídico que le pertenece, acomodando su voluntad a la de ese tercero. (...) Pero se emplea el mismo vocablo, consentir, con un sentido algo distinto al del

¹⁹ Roxin, D. P., & Penal, D. (1997). Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2ª edición alemana (Madrid: Thomson-Civitas, 1997). p. 511.

*verdadero significado del término, para designar aquellos casos en los que el titular no se limita a soportar que otro interfiera en su bien jurídico, sino que es él quien realmente desea que esa injerencia tenga lugar(...)*²⁰ y finalmente, pero más discutido es el uso de la palabra consentimiento para *aquellos casos en los que en la afectación de su bien no existe voluntad alguna, pero sí en el curso causal peligroso que conduce a dicha afectación.*²¹

En base a este planteamiento y entendiendo las diferencias es que podemos concluir puntos comunes entre estas, de modo que el consentimiento responde a todas aquellas situaciones en que exista por parte de quien detenta cierto bien jurídico una suerte de voluntad (sean en un grado de conformidad mayor o menor, o sea mediante la aceptación de los riesgos sin mayores objeciones) de que ese bien que está en juego sea objeto de la injerencia o exista una posibilidad de que así lo sea, por la actuación de un tercero.

La opción de prestar consentimiento en materia penal está determinada no solo por la mera voluntad expresada en que una persona pueda entregar en conformidad con la vulneración a su bien jurídico, si no que quedará determinada por una serie de factores, tales como: titularidad, capacidad, libertad y conciencia, y exteriorización. Los cuales se resumen de la siguiente manera:

1.2.2 Titularidad:

Este elemento dice relación con el hecho de que solo quien sea efectivamente el derechohabiente o titular del bien jurídico que se pretende afectar puede prestar consentimiento para su afectación, lo que es extrapolable al caso de bienes jurídicos que pertenecen en común a más de un titular, donde se requiere

²⁰ García-Calderón, B. E. (2010). *El consentimiento en derecho penal* (Doctoral dissertation, Universidad Complutense de Madrid). pp.33.

²¹ Ídem.

autorización de todos; y cuando el bien corresponda a una persona jurídica el consentimiento debe ser efectivamente prestado por el órgano de representación destinado a dicho fin.

1.2.3 Libertad y Conciencia:

Se relaciona con la existencia de un consentimiento puro, vale decir, que este privado de vicios en el sentido de que no medie en su otorgamiento coacción o engaño alguno que lleve a que se permita cierta conducta distinta a la voluntad real, de modo que tampoco quede determinada por el miedo a sufrir un mal o por la existencia de un error por lo que en este sentido no tendría cabida como hipótesis válida del consentimiento la consecución por medio de engaños u otro tipo de artimañas destinadas a confundir a quien presta la manifestación de la voluntad.

1.2.4 Exteriorización:

Corresponde a la manifestación de una voluntad extrínseca, y que por tanto es comprobable (sin excluir los casos en que el consentimiento se preste de manera tácita, donde pese a no existir una manifestación verbal es posible determinar actos que dejan de manifiesto la intención) esto debido a que debe ser claro que se aceptan los posibles riesgos y perjuicios que puedan acarrear determinada decisión; por lo que es fundamental la existencia de una expresión que permita que sea conocida dicha aceptación.

1.2.5 Capacidad:

Tenemos que la capacidad puede ser definida como el “goce del juicio y equilibrio mental necesarios para comprender el alcance de su manifestación y para sopesar razonablemente los pros y los contras.”²²

La capacidad dentro de nuestro ordenamiento tiene un rol fundamental dado que de alguna forma nos pone en un escenario distinto a los antes analizados,

²² Roxin, D. P., & Penal, D. (1997). Parte General. *Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2ª edición alemana*,(Madrid: Thomson-Civitas, 1997). pp. 513-514

sacándonos de la interrogante de cómo el consentimiento es válido y orientándonos hacia una respuesta del cuándo.

1.3 Expresiones del consentimiento en el Código penal.

Cuando ponemos el consentimiento en el plano del derecho penal más allá de la aceptación a la afectación o turbación a un bien jurídico que podría darse, podemos destacar el cambio de status que se produce, dado que si no mediara el consentimiento la realización de la conducta implicar una sanción penal, sin embargo con este se pasa a un plano en donde *"Obra conforme a derecho quien ejecuta una acción típica con el consentimiento, expreso o tácito del titular del interés protegido por la norma, en los casos en que dicho interés es susceptible de disposición"*²³. Renunciándose así a la garantía protección que el derecho confiere sobre la esfera puesta a disposición.

En el Derecho penal existe la figura de las Causales de Justificación, las cuales representan una modalidad de riesgo permitido, entre las que podemos nombrar encontrarse en el cumplimiento de un deber, la legítima defensa, el estado de necesidad y el consentimiento de la víctima.

Este último elemento nos importa porque el consentimiento de la víctima se constituye como "la aceptación o permiso libre y consiente por parte del particular afectado por una acción típica, para que otro realice esa conducta. Para consentir en este sentido, no es necesaria una capacidad en sentido civil, sino sólo la necesaria materialmente para la comprensión del acto"; en materia penal esta posibilidad de comprensión se fija a la edad de los 14 años, elemento que se vuelve relevante para la legislación, dado que desde ahí autoriza la disposición de ciertos bienes.

²³ Ríos, J. (2006). El consentimiento en materia penal (Consent in Criminal Matter). *Política criminal*, 1(1).

Si bien la edad es probablemente de los factores más usados para la determinación de la capacidad no podemos olvidar que la ley penal contempla existencia de fuerza o intimidación, el hallarse privado de sentido o con incapacidad para oponerse, cuando exista enajenación, trastorno o perturbación mentales no constitutiva de trastorno, dependencia, desamparo, engaño fundado en la inexperiencia o ignorancia, entre otros; todos los cuales cobran especial relevancia en el apartado de consentimiento sexual.

2. CAPÍTULO 2.

El Consentimiento Sexual.

2.1 ¿Qué es el consentimiento sexual?

El tema del consentimiento sexual es especialmente relevante dado que se relaciona con la existencia de un bien jurídico disponible, como lo es el libre ejercicio de la sexualidad, pero a la vez bastante delicado por la significación, y no es extraño encontrar límites jurídicos en diversas disposiciones, atendiendo al necesario respeto a los derechos de los demás.

De esta manera al tratar el tema del consentimiento sexual debemos entender por este aquellas situaciones en que el consentimiento, autorización o voluntad que se entrega va a guardar relación con la práctica de acciones de connotación sexual, más precisamente se relaciona con un acuerdo activo de participar en un determinado acto sexual, bajo determinadas condiciones, previamente establecidas y conocidas, bajo un estado de conciencia que permita que este se lleve a cabo con total racionalidad; sin embargo, en la mayoría de las legislaciones este no ha sido definido y muchas veces su conceptualización va de la mano de lo que jurisprudencia o doctrina nos puedan decir.

En base a lo anterior tenemos que el consentimiento sexual implica una serie de requisitos que deben estar presentes a la hora de emitirse, esto en consideración de no basta para encontrarse configurado con una mera frase afirmativa, sino que debe estar rodeado por una atmosfera que así lo determine. En este sentido podemos mencionar los elementos que ONU MUJERES ha determinado como necesarios:

2.1.1 El consentimiento sexual debe ser entregado libremente:

Vale decir, cuando se consciente no se debe ser objeto de presiones, manipulaciones y/o coacción, así tampoco este puede ser dado en aquellos casos en que se encuentra privado o alterado en el estado de conciencia.

2.1.2 El consentimiento sexual debe ser entregado con convencimiento:

Cuando se acepta participar en un acto sexual debe ser mediante una afirmación segura y no dubitativa, esto debido a que es preciso entender que pese a que sea un bien jurídico disponible reviste una esfera sensible de la persona, por lo que no se permite su trasgresión por terceros a menos que se extinga hasta la menor duda respecto de la real voluntad, de modo que situaciones tales como el silencio, u otras expresiones afines que no representen del todo el interés de ser parte no pueden ser estimadas como de conformidad.

2.1.3 El consentimiento sexual debe ser informado:

La voluntad solo mediará para aquellas circunstancias conocidas y aceptadas de manera explícita. Este requisito proviene en gran parte de la idea de consentimiento informado que se maneja en materia de responsabilidad médica, por lo que es posible traer a colación la necesidad de que para existir consentimiento sean informados los riesgos, consecuencias mediatas e inmediatas.

2.1.4 El consentimiento sexual es específico:

El interés de participar en una actividad sexual que ha sido entregado solo opera para lo acordado y no es posible extrapolarlo a otros momentos u otras

acciones, entrando a situaciones tales como que el consentimiento para por ejemplo mantener relaciones sexuales con el uso de preservativo no se sostiene en el tiempo si el otro se lo retira, siendo de hecho una práctica tipificada por legislaciones bajo el término de *stealthing*.²⁴

2.1.5 El consentimiento sexual es reversible:

Quien presta su consentimiento de participar en una determinada actividad sexual puede decidir en cualquier momento de dicha actividad terminar con su participación, por lo que tener la intención primigenia de participar o hace exigible el necesaria la obligación o exigibilidad de llevar la actividad a termino la actividad desplegada.

El consentimiento por tanto es un fenómeno mucho mas complejo que el mero si y no, por lo que hay que tener presente esta lista de elementos, así como otros que puedan haber quedados pendientes de consideración en los párrafos anteriores.

2.2 Sobre la Autonomía Sexual

Hablar de autonomía en la vertiente de la sexualidad, es necesariamente inmiscuirse la posibilidad que las personas tienen para determinar de manera consiente y deliberada el tipo de experiencias que quieren vivenciar. La Autonomía sexual corresponde a la voluntad emanada por parte de una persona, que se

²⁴ El “stealthing” representa un ataque a la integridad sexual, a la libertad sexual, desde que consiste en una sobrevenida modificación unilateral y clandestina, in consentida, de las condiciones en que se había prestado el consentimiento primigenio y constituye un ilícito penal subsumible en el delito de abuso sexual. STEALTHING (28 de julio de 2021) Diario Constitucional, recuperado de: <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/07/28/el-stealthing-alude-a-la-practica-que-algunos-hombres-realizan-de-quitarse-el-condon-durante-la-copulacion-a-pesar-de-haber-acordado-con-la-pareja-sexual-usarlo/>

manifiesta en la toma de decisiones y/o abstenciones libres de cualquier fuerza coactiva que pueda influir en la manifestación final.

En el contexto de las relaciones sexuales, usamos la autonomía sexual para “referirse a la voluntad y el control en la toma de decisiones para tener relaciones”²⁵ por lo que encuentra una estrecha relación con el valor de comprender la manifestación de la voluntad de forma imperativa y no como una invitación a la insistencia o a la búsqueda de conseguir el convencimiento.

Cuando se habla de autonomía de la voluntad el desarrollo de la literatura en estos temas suele dirigirse a mostrar que existe situaciones en donde esta autonomía se ve enervada de una manera tan sutil que crea la ilusión de estar prestando consentimiento. Ante esta ilusión de consentimiento es que se genera una campaña llamada “*no means no*” movimiento que de alguna forma lo que busca es el respeto de la decisión originaria que una persona quiera tomar, llevando a que cuando alguien diga no, esto efectivamente sea respetado como un no, y no por ejemplo tomado como una invitación a ser convencido, así señala Naschla Aburman, de fundación Miles al decir ““Debemos tomar consciencia de que nuestra cultura históricamente nos ha enseñado que el no de la mujer es relativo, que su deseo no siempre importa. Consentir y pedir consentimiento consiste en establecer tus límites personales y respetar los de tu pareja. Debes volver a preguntar si las cosas no están claras. Para que sea algo consensuado, ambas personas deben estar de acuerdo en tener relaciones sexuales, todas y cada una de las veces, de forma sana y consciente.””²⁶

La falta de respeto y protección hacia la autonomía sexual y el consentimiento ha generado otro conocido movimiento social en ellos últimos años

²⁵ Traducción libre [we use “sexual autonomy” to refer to volition and control in sexual decision making] Parkes, A., Henderson, M., Wight, D., & Nixon, C. (2011). Is parenting associated with teenagers' early sexual risk-taking, autonomy and relationship with sexual partners?. *Perspectives on sexual and reproductive health*, 43(1), 30-40. <https://doi.org/10.1363/4303011>

²⁶ Morales, P. Consentimiento: No es no. (2020) recuperado de: <https://www.latercera.com/paula/consentimiento-no-es-no-violacion-la-manada-leyes/>

que corresponde al *Me Too Movement* el cual se populariza el año 2017 a través del “hashtag #MeToo (yo también), que utilizaron miles de mujeres para denunciar en las redes sociales sus experiencias de acoso sexual. Fenómeno que puso en evidencia la impunidad de los agresores y el fracaso global de los Estados, de todo el mundo, en su obligación de proteger a la mitad de la ciudadanía -las mujeres- frente a la violencia machista y las agresiones sexuales que sufren a diario”²⁷

Lo anteriormente expuesto nos permite comprender la real relevancia de dar un tratamiento serio al problema relacionado con el consentimiento y la autonomía sexual, posicionando como necesaria la masificación de información relativa a estas temáticas con la finalidad de a futuro evitar toparnos con nuevas víctimas y victimarios producto de la falta de educación sexual integral que entregue herramientas verídicas sobre estas temáticas.

2.3 Sobre la Libertad e Indemnidad Sexual

La libertad y la identidad sexual son los bienes que se buscan proteger por medio del establecimiento del Título VII de los delitos contra la integridad sexual. Pero la pregunta es a que apunta esta integridad y la libertad.

Cuando hablamos de indemnidad sexual debemos referirnos al derecho que acompaña a todas las personas que componen la sociedad, pero con especial énfasis en niñas, niños y adolescentes, de mantener su esfera sexual más íntima inalterada y sin manipulación en cuanto al curso natural que se espera que esta tome, no solo en cuanto a su curso físico (el cual es altamente relevante), si no, que también desde la perspectiva de que es lo que a los más jóvenes se les *enseña* o presenta como *deberes ser* en cuanto a su exploración, formación y desarrollo sexual. definido en una forma más técnica tenemos que *por "indemnidad sexual"*

²⁷ Saavedra, J. M. (2019). Una nueva ola feminista... más allá de# MeToo. Irrupción, legado y desafíos. *Políticas Públicas para la Equidad*, 2.

*hay que entender la propiedad situacional exhibida por una persona actualmente no involucrada en contacto sexual alguno con una o más personas.*²⁸

Este derecho se protege especialmente a los NNA versus aquellos que ya se han desarrollado y/o formado plenamente en estas materias, y que de alguna manera podrían abusar de la inexperiencia o ingenuidad de los primeros para su beneficio, porque se parte de la base de que esta condición de *inocencia* frente a estas materias no es posible recuperarla, así se dice que la indemnidad se fija en miras al respeto de “el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño – físico, psíquico o emocional – que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos”.²⁹ Lo que incluso es posible asociar con la garantía fundamental que se ha establecido y que señala el necesario respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas.

La libertad sexual, por otro lado, como se entiende en estas figuras, es “la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro.”³⁰

Ahora bien, si llevamos estos conceptos a la materia que nos convoca que dice relación con el ilícito descrito en el art. 365 del código penal es que debemos bajar estos concepto a la situaciones de los niños, niñas y adolescentes comprendidos en el rango de entre los 14 años y 18 del que habla el artículo, sobre lo que podemos mencionar que “por carecer de un cabal desarrollo de esta facultad, respecto de los menores de edad, y particularmente de los impúberes, lo que se

²⁸ Mañalich, J. P. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Ius et Praxis*, 20(2), 21-70.

²⁹ Ragués i Vallès, R., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en Silva Sánchez (dir.): *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 3a ed., Atelier, Barcelona, 2011, p. 136.

³⁰ Sfeir, J. (2021). Tribunal Constitucional-Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, que contempla delito de sodomía entre un mayor de edad y menor de 18 años. *Boletín Jurídico del Observatorio de Libertad Religiosa de América Latina y El Caribe*, (5)

protege no es tanto su libertad como [si] su indemnidad sexual, esto es, el libre desarrollo de su sexualidad.

Ahora bien el establecimiento de estas figuras para con los jóvenes “parecen proteger más bien lo que todavía podríamos denominar honestidad, entendida como la “facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”, como paradigmáticamente sucede en los delitos de favorecimiento de la prostitución del art. 367, sodomía del art. 365, o incluso en la violación con abuso de la enajenación mental de la víctima, del art. 361 N°3, etc.³¹

2.4 Expresiones del consentimiento sexual en el Código Penal

El código Penal hace referencia a el consentimiento que pudiera prestar una persona para el establecimiento de relaciones de índole sexual desde 2 perspectivas contenidas en los artículos 366 Quáter y 494 Ter.

En el primero de estos artículos lo que hace el legislador al referir el consentimiento es señalar que en el contexto del abuso sexual donde son víctimas niños niñas o adolescentes menores de 14 años hay un determinado castigo que será aplicable independientemente de que pueda o no mediar alguna circunstancia circunstancia que diga relación con la su consentimiento, sin embargo en el caos en que esta misma situación ocurra en el caso de un mayor de 14 años será preciso para la configuración de la figura delictual que habiendo habido empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga no se preste consentimiento de la víctima.

³¹ Politoff, S., Acuña, J. P. M., & Guzmán, M. C. R. (2005). *Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial*. Editorial Jurídica de Chile.

Esto se explica desde la idea de que “El menor que ya alcanzó la edad de catorce años puede consentir en ser accedido carnalmente³² y ello será impune si para el objetivo no se incurrió en alguno de los comportamientos que la ley contempla como excluyente de un verdadero consentimiento: abuso o engaño, y, que permiten punir el acceso como delito de estupro”³³

En esta línea el artículo 494 Ter hace una consideración similar, pero respecto del acoso sexual, donde exige de alguna forma que para que se configure como delito la situación constitutiva de acoso no puede mediar el consentimiento del afectado.

Ahora bien; el consentimiento no solo se expresa en nuestro código a través de la conceptualización material de una regla al respecto, si no que debemos recordar que este es un concepto omnicompreensivo de distintas aristas las cuales tienen que ver, como se mencionó anteriormente, con la titularidad, la capacidad, la libertad y conciencia, y la exteriorización; siendo la capacidad la que encuentra más menciones a lo largo del texto del código penal puesto que “Hay delitos respecto de los cuales la propia ley penal se encarga de determinar la capacidad para consentir, en lo que atañe a la edad, y como sucede en el delito de violación, y, en el cual tal capacidad se tiene ya a los “catorce” años de edad”³⁴ la materialización del requisito de capacidad en concreto en el código se puede ver en:

- Artículo 361 del Código penal, Numerales 1°, 2° y 3°.
- Artículo 362 del Código Penal
- Artículo 362 del Código Penal, Numerales 1°, 2°, 3° y 4°.
- Artículo 365 del Código Penal

³² La capacidad para consentir en materia sexual no solo está establecida en esta edad para el caso del acceso carnal sino para toda actividad de connotación sexual, salvo el caso de las relaciones con personas de su mismo sexo.

³³ RÍOS, Jaime. El consentimiento en materia penal (Consent in Criminal Matter). *Política criminal*, 2006, vol. 1, no 1..

³⁴ RÍOS, Jaime. El consentimiento en materia penal (Consent in Criminal Matter). *Política criminal*, 2006, vol. 1, no 1..

2.4 Particularidades del Consentimiento en el Código Penal

Pese a todos lo que hemos dicho respecto del consentimiento, debemos hacernos cargo de un punto central para esta tesis, que dice relación con la existencia de una norma disidente respecto de la regla general para el consentimiento.

Como anteriormente hemos mencionado el Código Penal en materia de consentimiento establece supuestos que dicen relación con el consentimiento de la víctima, así como con la edad para el mismo; y es de la conjugación de ambos elementos que podemos rescatar la peculiar distinción que se hace cuando hablamos de relaciones sexuales entre personas del mismo género.

Cuando se trata de relaciones entre homosexuales, nuestro código, así como el desarrollo doctrinario que ha surgido del análisis de este, parecen olvidar la posibilidad de disponer de la integridad sexual, así como de la indemnidad que se le ha reconocido los jóvenes mayores de catorce años en nuestro país.

El código penal en el artículo 365 señala una pena para quien siendo del mismo sexo accediere carnalmente a un joven de entre 14 y 18 años, aun cuando no se trate de una violación o de estupro.

3. CAPÍTULO 3.

Art. 365 Código Penal

3.1 De la Sodomía en el Código Penal Chileno.

Para hablar de este tema debemos partir por entender que la palabra Sodomía tiene su origen en la historia bíblica del antiguo testamento, específicamente del libro del Génesis³⁵ en donde se narra la historia de dos Ciudades, Sodoma y Gomorra en las cuales abunda el *pecado* (que se refiere principalmente a las prácticas sexuales no maritales) y que debido a esto son destruidas por Dios.

Si bien no hay claridad a que conductas hacía referencia, se tendió a pensar que en un inicio el relato hablaba de *aberraciones sexuales* como todas aquellas practicas distintas a las relaciones sexuales vaginales entre un hombre y una mujer que tuvieran una finalidad distinta a la reproducción, ya que que bajo esta doctrina las conductas que difieren de esta idea se engloban en el *pecado capital de la lujuria*. Sin embargo, este entendimiento se ha ido particularizando con el paso de los años, limitando así la idea de que a través del relato de Sodoma y Gomorra se estuviera haciendo referencia a relaciones sexuales entre mujeres dada que por la preponderancia de la concepción patriarcal imperante de la época miraba como necesaria para la relación sexual la existencia de un falo. De este modo se dejan fuera las relaciones entre mujeres, y la crítica se concentra entre las que son practicadas por hombres, para hoy principalmente tender a referirse por el termino sodomía (o sodomita como adjetivo) a los hombres homosexuales o que mantienen relaciones de esta índole.

³⁵ Para mayor ahondamiento revisar: Valenzuela Cáceres, M. (2020). La sodomía en el derecho penal chileno del siglo XIX. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (42), 635-657.

La influencia de la iglesia, principalmente católica, llevó a que este relato fuera fuente de inspiración para conceptualizar, en honor a la ciudad, de la sodomía como la práctica de coito anal entre hombres; las cuales no solo se quedaron como una crítica desde la moralidad que desde ese culto se profesa, sino que avanzó hasta incluso alcanzar una reglamentación legal, llevando a que esta conducta haya sido tipificada como un delito.

La sodomía como delito es un fenómeno que existe en países de toda la orbe, donde las penas en algunos van desde meras multas, hasta otro donde las consecuencias avanzan incluso hasta el riesgo de sufrir una condena a pena de muerte por ser acusado del delito de sodomía,³⁶ y si bien muchos han sido los países que han avanzado en estas temáticas, despenalizando la homosexualidad y existiendo incluso algunos donde nunca ha sido ilegal el relacionarse sexualmente con alguien del mismo sexo, teniendo la esperanzadora cifra de a lo menos en 122 países de la ONU y 2 que no son miembros donde actualmente no son un delito los actos sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo, aun hay una gran cantidad donde estos actos son ilegales completamente siendo castigados con severas penas.

En este sentido vale la pena preguntarnos en que estadio se encuentra Chile en cuanto a la criminalización de la homosexualidad por lo que a continuación se revisará la evolución de esta materia en lo que es la historia nacional.

3.2 Historia del art. 365 del Código Penal.

³⁶ Para mayor ahondamiento revisar Carroll, A., & Mendós, L. R. (2017). Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento.

La forma en que nuestra legislación ha decidido ir reprimiendo las relaciones homosexuales han ido variando a lo largo del tiempo por lo que de una u otra forma esto se ha ido reflejando en la construcción típica que el código ha introducido entre sus líneas.

De esta manera, en el presente apartado lo que se busca de alguna forma analizar como se llegó a construir el artículo, así como las distintas versiones que ha adquirido a lo largo de los años, situando estas versiones en el contexto histórico que le es propio sin dejar de lado la penalidad que este pudo haber tenido en nuestro país aun cuando no fuera una figura típica de nuestro ordenamiento.

3.2.1 Periodo anterior al Código Penal

En primer lugar, es propio mencionar que la historia legislativa en materia penal, así como en general, no tiene una fuente originaria única, sino que dada la historia desde la conquista hasta ya avanzado en la época colonial de nuestro país se construye por la adopción y aplicación de diversas normativas extranjeras que se hicieron presentes. En este contexto es preciso recordar que la época se caracterizó por una alta actividad legislativa, donde existían diversas normas con orientación a una misma materia las cuales coexistían con un difícil orden de prelación o preferencia para su uso, esto dada la falta de codificación que existía en España.³⁷

Entre las diversas normas que influenciaron este periodo podemos destacar por su referencia al tema que nos convoca:

3.2.1.1 Fuero Juzgo: Corresponde a un importante cuerpo penal proveniente desde la península ibérica, el cual contiene un abundante tratamiento

³⁷ Para mayor ahondamiento revisar Peña, S. (2010). Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (7).

penal, existiendo en el Libro III referencias, entre otras materias³⁸, a la Sodomía, en donde para esta clase de delitos se establecen penas corporales como lo es la castración genital.

3.2.1.2 Novísima Recopilación: como su nombre dice, esta fue una normativa que intentó concentrar diversas normas, llegando a un extremo tal en que era difícil su conocimiento y aplicación; sin embargo, destacamos la existencia de esta norma por la referencia que en ella se hace a la sodomía, la cual se encuentra contenida en el Libro XII que es sobre materias penales, el cual trata el delito de sodomía y regula como penalidad para el sodomita la hoguera.

3.2.1.3 Siete Partidas de Alfonso X de Castilla: este texto contempla en su última partida al derecho penal, donde en conjunto con otros delitos se define lo que debe entenderse al hablar de sodomía; entendiendo este desde la perspectiva del pecado dado que “Para la teología cristiana la sodomía era una ofensa a Dios y está subordinado a un pecado capital: la lujuria. Según la Iglesia católica la lujuria en su máximo grado provoca compulsiones sexuales, incluyendo la adicción a la copulación, el adulterio, la violación, la sodomía, el incesto y/o el abuso de menores.³⁹ Como consecuencia de esta visión se estableció para el delito la sanción de pena corporal de muerte, la cual tenía la característica “no se castigaba a los hombres que hubieran sido forzados y a los menores de catorce años, los primeros por haber participado en el acto sin intención y los segundos por carecer de suficiente entendimiento”⁴⁰

³⁸ El Libro III del Fuero Juzgo contiene los delitos de raptó, violación, adulterio, actos deshonestos, incesto y sodomía

³⁹ Deschner, K. (1993). *Historia sexual del cristianismo*. Yalde.

⁴⁰ Fernández-Viagas Escudero, P. (2019). La estigmatización de los pecadores contra natura en la Castilla del siglo XIII: una aproximación de historia cultural al Título XXI de la Séptima Partida.

Si bien estas normas antes enunciadas no representan el total del marco de normas que rigieron en la época y que fueron aplicadas en nuestro país por el régimen español de dominación, son importantes dada la referencia que estas hicieron en cuando a la Sodomía, y la herencia que de alguna manera transmitieron al Código Penal que posteriormente le sucedió, considerando que por una parte tenemos que estas normas “tuvieron un grado de operatividad en nuestro país hasta antes de la dictación del Código y por otro lado el tema de que pese a que “ (...) durante este lapso no llegó a ejecutarse ninguna condena a muerte, sino que en los pocos casos en que se pronunció sentencia condenando a la pena capital, esta fue siempre conmutada en pena de prisión o de trabajos forzados”⁴¹ siguió la conceptualización delictual.

Pasado por el periodo Colonial, nuestro País no contaba con la capacidad de servirse de nuevas leyes de buenas a primeras, por lo que varios años tuvieron que transcurrir para la consecución de un texto que regulara la esfera delictual de nuestro país.

3.2.2 Código Penal de 1874

En una primera instancia el gobierno de aquel entonces encomendó la tarea a Manuel Carvallo, quien para el proyecto uso como base el Código Belga, pero dicha propuesta no encontró puerto de modo que ya para 1870 se encarga esta tarea ahora a una comisión, quienes usaron como modelo para la redacción principalmente el Código Penal Español de 1848, en donde pese a que como

⁴¹ La administración de justicia en el tiempo de la colonia se caracteriza por su indulgencia y humanidad, ya que los jueces no aplicaban las penas señaladas en la ley, sino que las atenuaban e incluso las conmutaban según su albedrío; lo que no es persé por bondad si no que respondió principalmente a lo que hoy llamamos economía procesal, dado que en el territorio no se contaba con presupuesto suficiente para llevar a cabo las disposiciones. Para mayor ahondamiento revisar Peña, S. (2010). Las raíces histórico culturales del derecho penal chileno. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (7).

sociedad la sodomía era vista como “un pecado «contra dios»”⁴² no era una norma que expresamente contuviera su ordenamiento, así tampoco en el código Belga o Francés, que fueron fuentes secundarias de nuestro texto; siendo la mayor aproximación la figura de abusos deshonestos que consagraba el Código Penal Español que de alguna manera condenaba al que contra su voluntad y sin caer en las figuras de violación abusare de una persona independiente de su sexo.

Se cree que de alguna forma para la redacción de este artículo en nuestro código se usó como modelo lo plantado por el Código Austriaco, por lo que dicha visión quedó registrada en nuestro ordenamiento donde por primera la figura de la sodomía es un delito castigado por el legislador nacional. Así bajo la presidencia de Federico Errazuriz Zañartu en el año 1874 el proyecto ve la luz.

La redacción del primer Código Penal trajo consigo la formulación del delito de sodomía codificado por primera vez en una ley de origen nacional, pero curiosamente su adopción es mucho más compleja que la mera internalización del precepto Austriaco, en esta línea se ha establecido que su incorporación corresponde a un guiño directo que buscaba hacer la comisión redactora (encabezada principalmente por militantes de partidos conservadores) a la iglesia Católica y a los valores que esta buscaba promover en la sociedad; dado que la idiosincrasia por esos días aun no llevaba a que se adoptara una postura laica que dejara fuera la moralidad religiosa del ordenamiento positivo, de hecho en la Constitución de 1833 (vigente a la fecha de la dictación del código) aún se declaraba a Chile como un país Católico Apostólico y Romano, por lo que no es raro encontrar que en el contexto de la discusión sobre la incorporación de este se hayan sostenido argumentos de ligados a la posición expandida por la opinión de Roma sobre estos temas en donde la homosexualidad era patologizada y vista como enfermedad casi

⁴² Pazos, J. B. (2013). El derecho penal español en el vacío entre dos códigos:(1822-1848). *Anuario de Historia del Derecho español*, (83), 105-138.

contagiosa, la cual de no ser reprimida implantaba el riesgo de que se extendieran en la sociedad.

A este respecto y atendiendo a las sesiones de la comisión redactora tenemos que se sostuvo:

“Se suscitó dudas sobre si debía o no pensarse el delito de bestialidad, i el señor Ibáñez manifestó que en su concepto convenía no tomarlo en cuenta en el presente código, tanto por la rareza de su perpetración, cuanto porque no hai peligro de que se estienda su contajio i llegue a ser una plaga en la sociedad, como sucede con la sodomía”⁴³.

El código penal de 1874 surge de la necesidad de construir un texto armónico no solo con su sentido interno, sino también en miras a la nueva institucionalidad de la cual el país se estaba dotando, dejando de lado la forma difusa en que antes se había legislado, con leyes y preceptos aislados que no conectan globalmente para dar pie a un sistema, de manera que a la hora de tipificarse la forma en que en el Código conceptualizó la sodomía fue a través de la siguiente construcción del que fue el artículo 365, en donde se rezaba:

El que se hiciere reo del delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.⁴⁴

Sin embargo, tenemos que “en el caso de la ley que penalizaba la sodomía, esta no resultaba ser muy aplicable ya que condenaba prácticas que se generan al interior de las vidas privadas de las personas y por tanto, en espacios en donde no habría posibilidades de fiscalización por parte del Estado”⁴⁵ sin embargo “la existencia de esta ley produjo un miedo generalizado hacia la población

⁴³ Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal Chileno, sesión 71, de 10 de Abril de 1872, Santiago, 1873, Imprenta de la República.

⁴⁴ Código Penal, versión 1874

⁴⁵ Salazar, G. A. (2012). Raro. Una historia gay de Chile, de Óscar Contardo. *Nomadías*, (16).

homosexual, teniendo como consecuencias que muchas de estas personas tuvieran una “doble vida” al separar su vida pública de la vida nocturna.”⁴⁶

3.2.3 Código penal con la reforma del año 1972

En el año 1972 se dicta la ley 17.727 la cual introduce una serie de modificaciones al Código Penal, entre las cuales se encuentra la introducción de dos incisos al artículo 365, estos son:

"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 e intimidación sobre la víctima;

2°.- Cuando se halle la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa, y

*3°.- Ser el ofendido menor de catorce años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores."*⁴⁷

Esta nueva incorporación al artículo de la sodomía responde a que cuando el código de 1874 se dictó solo se miraba como sujeto pasivo de la violación a las mujeres, lo que dejaba un espacio a la impunidad de los delitos que se cometieran contra los niños, adolescentes y hombres; de manera que lo que se consagra por este artículo no es una forma e sodomía propiamente si no que “creó una figura, de naturaleza distinta de la anterior (...) a la que pudiéramos denominar sodomía calificada o mejor todavía, violación sodomítica”⁴⁸

⁴⁶ Ídem

⁴⁷ Ley 17.727

⁴⁸ Echeverry, A. (1965). Derecho Penal. Parte especial. Tomo IV, editor Carlos E. Gibbs. Santiago.

3.2.4 Código Penal con la Reforma de 1999.

En el año 1999 y de la mano de la Ley N°19.617, se incorpora al Código Penal la ley que viene en regulares materias relativas al delito de violación.

Esta modificación tuvo por objeto inicial regular la situación respecto de la violación a niños, adolescentes y hombres la cual no estaba contemplada bajo la figura de violación del art. 361, si no como un acápite del delito de sodomía. sin embargo, la sodomía como delito entro a la discusión en donde sectores cuestionaron su mantención, solicitando “descriminalizar aquellas conductas cuya lesividad social es inexistente”⁴⁹ sin embargo la opinión que se erigió como mayoritaria no coincidía con esta idea.

En el primer trámite constitucional en donde se ingresó el proyecto de ley lo que se buscaba era la derogación de los incisos segundo y tercero del artículo 365.

En el oficio a la cámara revisora la idea que se adoptó respecto a este artículo se orientó al cambio del inciso primero del artículo 365 de 1874, y la derogación de los incisos que le seguían para dejar un texto final que dijera "Artículo 365. El que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio."

Para cuando esta moción pasó al segundo trámite constitucional en la cámara de diputados, se generó una nueva modificación a la propuesta de texto para el art. 365 en el que se estableció que: Reemplázanse los incisos segundo y tercero del artículo 365 por el siguiente: “En los casos en que un mismo hecho

⁴⁹ Historia de la Ley n° 19.617, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín 1048-07, Disponible en www.bcn.cl.

constituya delito conforme al inciso precedente y a los artículos 361, 362 o 363, sólo se aplicarán las penas establecidas en estas últimas disposiciones."⁵⁰

La Comisión Mixta recibe el texto sobre el cual había trabajado la cámara de diputados en el segundo trámite constitucional y decide que el texto apropiado sería Reemplázase el artículo 365 por el siguiente: "Artículo 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio."⁵¹

El texto en cuestión llega finalmente al trámite de finalización donde se recibe al pie de la letra de cómo había sido acordado por la comisión mixta quedando fijado que se contendría como el que hoy conocemos.

Esta nueva redacción del art. 365 del código penal se caracteriza por un lado por suprimir el verbo *yacer* y reemplazarlo por la expresión *accediere carnalmente*, dado que es mucho mas precisa en cuando a lo que se busca sancionar, y pese a no ser una innovación dado que la anterior redacción no se uso para penar a mujeres, el nuevo texto solo es mucho mas claro en que esta referido a la relación entre hombres.

3.3 Análisis del delito de Sodomía.

3.3.1 Tipo:

Al hablar del tipo debemos tener presente que este corresponde a la "descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente

⁵⁰ Historia de la Ley n° 19.617, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, boletín 1048-07-2,. Disponible en www.bcn.cl

⁵¹ Historia de la Ley n°18.216, Informe de la Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, 5 de noviembre de 1998, cuenta en sesión 19, legislatura 339. Disponible en www.bcn.cl.

relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva”⁵² por lo que al hablar del tipo penal de la sodomía es crucial tener presente que debemos remitirnos textualmente a lo que nos presenta el artículo 365, donde nos da señales de lo que se precisa para que podamos constatar la consumación del delito.

Por lo que para clarificar el tipo de la sodomía es: *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.*

3.3.2 Tipicidad:

La tipicidad corresponde a “la adecuación de una conducta del mundo real a esa descripción legal”⁵³ por lo que en este caso debemos verlo como la subsunción del actuar efectivo que se ha desplegado que de acuerdo a los regulado puede ser encuadrado con lo que señala el texto expreso en donde se consagra este delito.

3.3.3 Acción:

El análisis de este tipo penal exige necesariamente el que nos detengamos en la acción, en este sentido se ha esbozado que la acción engloba a “*todo movimiento corporal causado por un acto voluntario*”⁵⁴, por lo que nos debemos poner en el plano de que se trata de una conducta por medio de la cual se termine por afectar el bien jurídico protegido de manera que sea penalmente relevante su consecuencia. Coligiendo lo antes expuesto con el art. 365 es que podemos decir que la acción contemplada en el texto del art. 365 es el *acceder carnalmente*.

3.3.4 Verbo rector

⁵² Garrido Montt, M. (2004). Derecho Penal Parte General Tomo 2. Editorial Jurídica de Chile, 2003. Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías. *La Ley del más débil*. Editorial Trotta.

⁵³ Matus Acuña, J. P., & Ramírez Guzmán, M. C. (2015). *Lecciones de derecho penal chileno: parte general: fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. Thomson Reuters.

⁵⁴ Zaffaroni, E. R. (2001). Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Sociedad Anónima editora

Trayendo a colación lo anterior, el verbo rector no es muy distinto a lo que por verbo en sentido gramatical debemos contemplar, así el verbo rector será “el que rige la oración gramatical llamada tipo (...) Es de advertir que un tipo penal siempre tiene verbo rector.”⁵⁵ en el caos de la sodomía el verbo recto es: *acceder* Aquí vale la pena detenernos para intentar dilucidar que es lo que se busca prohibir a través de esta norma al decir “*acceder*”, ya que esta expresión puede no ser del todo clara, sin embargo según ha señalado el Tribunal Constitucional tenemos que “en lo que se refiere al verbo rector y a los elementos del tipo constitutivo del delito de sodomía, puede observarse que el primero está definido por las expresiones “el que accediere carnalmente” contenidas en el artículo 365 del Código Penal, debiendo entenderse que se trata del acceso carnal de un varón a otro varón. Como explica R.C., “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.”⁵⁶ Con todo esto es que tenemos que a la larga el acceso carnal lo que describe es el coito anal entre hombres y es esto lo que se busca aludir por medio del verbo acceder.

3.3.5 Sujetos:

Dentro de los elementos que caracterizan la comisión del delito que cuestión tenemos el elemento *sujetos*, el cual hace referencia tanto al que desarrolla la conducta que es subsumible al a la descripción, como por otro lado el como aquel que se ve afectado por esta acción (u omisión); y en este marco podemos diferenciar:

⁵⁵ Vega Arrieta, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, (29), 53-71.

⁵⁶ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N°1287-2008, RUC N°0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.

3.3.5.1 Sujeto Activo: Como se adelantó, el sujeto pasivo es aquel que despliega la acción cumpliendo los requisitos que la tipificación exige para que efectivamente nos encontremos dentro de la esfera penalizada, por lo tanto como se deriva de la referencia bibliográfica anterior, no podría cualquier persona caer en esta figura si no que necesariamente tiene que corresponder al hombre, mayor de edad, que acceda vía anal a otro hombre de su mismo sexo, lo que se refuerza en la línea de lo expuesto por la doctrina nacional que señala que *“el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón, lo que se hace cargo del hecho que el lesbianismo no ha estado sancionado”*⁵⁷

3.3.5.2 Sujeto Pasivo: Similar a como se desarrolla la situación con respecto de el sujeto activo, quien es víctima del delito establecido en el art. 365 debe cumplir con ciertos presupuestos que señala la ley tanto tácitamente como implícitamente; así tenemos que por una parte debe cumplir con el estándar etario, por lo tanto, “los menores de catorce años quedan excluidos como sujetos de este delito, como se desprende de la frase: “sin que medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro”. En la violación, además de las circunstancias enumeradas en el art. 361 (violencia o prevalimiento), se hace referencia en el art. 362 a la edad de la víctima, el acceso carnal de un menor de catorce años siempre es violación, por la misma razón el legislador los excluyó como posibles víctimas del delito de estupro en el art. 363, donde los sujetos pasivos deben tener más de esa edad y no superar los dieciocho años.”⁵⁸

3.3.5.3 Antijuridicidad:

⁵⁷ Matus Acuña, J. P., & Ramírez Guzmán, M. C. (2015). *Lecciones de derecho penal chileno: parte general: fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo*. Thomson Reuters.

⁵⁸ Garrido Montt, M. (2007). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

La antijuridicidad debe ser entendida como un juicio negativo de valor mediante el que se determina si la conducta típica y anti normativa pugna con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y si amenaza o lesiona el bien jurídico tutelado.⁵⁹ En palabras simple lo que se busca con el análisis de la antijuridicidad es determinar si existe una causal que vaya más allá de lo establecido en el tipo penal, pero que se encuentre contenida dentro del ordenamiento jurídico que permita que la conducta por mas que pueda ser subsumible a la descripción normativa, no importe una sanción penal por existir una regla o norma de autorización que de alguna forma permita que se restrinja lo que ha prohibido otra norma, llevando a que no exista delito alguno.

Con esto es del todo pertinente que nos remitamos a las causales de justificación, las cuales ya fuera aludidas en este trabajo, y que existen bajo la idea de que en determinadas circunstancias la hay un bien jurídico que impera por sobre otro de manera que se autoriza al sacrificio del primero en post del segundo; y los criterios son:

- Cumplimiento de un deber: reconocido en nuestra legislación por medio del artículo 10 numero 10 del Código Penal, este articulo define como causal de justificación el que alguien se encuentre obrando en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo; y realice una conducta típica. El mandato que habilita a una persona a la tarea que permite el acaecimiento de la causal debe ser dispuesto de manera legal, vale decir por medio de un tratado de derecho internacional, una ley o incluso un reglamento.

- Legítima defensa: se encuentra contenida en el artículo 10 número 4, 5 y 6 del Código Penal; y como dice su nombre se trata de los casos en que una persona en la búsqueda de resguardar uno o más bienes jurídicos sacrifica

⁵⁹ Velásquez, F. (2011). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. *Santiago*.

otro de quien lo amenaza, para esto se han definidos circunstancias que hacen pertinente la legítima defensa entre las cuales se encuentra a) La existencia de una agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (para el caso contenido en el número 4). En este sentido debemos mencionar que la legítima defensa no es un fenómeno que solo se configure en la búsqueda de la protección personal ya que también esta causal extiende la posibilidad de que a través de ella se defienda a otros individuos, sean estos familiares o simplemente extraños (mientras que para este último caso no exista una motivación tendiente a la venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo).

- Estado de necesidad: esta causal de justificación es contenida mediante lo dispuesto por el artículo 10 números 7 y 11 de Código Penal y versa sobre aquel sujeto que se encuentra en una situación que lo obligue a realizar un acto que reviste carácter delictivo con la intención de ponerle fin al mal que lo acecha; este se caracteriza por existir en dos modalidades o de dos formas diferentes, por un lado, como a) Estado de necesidad justificante b) Estado de necesidad Exculpante.

- Consentimiento de la víctima: esta causal a diferencia de las demás nos es relevante en mas de un sentido; en primer lugar, debemos mencionar que esta causal no está contenida expresamente en el código por lo que “sólo podría colegirse del conjunto de disposiciones del Código Penal y de otras normas de nuestro ordenamiento que explícita o implícitamente lo tienen considerado”⁶⁰; ahora bien esta causal aborda uno de los puntos mas relevantes de esta tesis que dice relación con la potestad que tiene un sujeto de determinar la afectación a un bien jurídico que le es propio, aun cuando

⁶⁰ Confróntese POLITOFF L. / MATUS A. / RAMÍREZ G., Lecciones (Parte General), p. 240

eso a los ojos del derecho pueda implicar un ilícito; pero ¿qué pasa con la intención que puede existir por parte de la *víctima* de que se le afecte un derecho, cuando legítimamente puede consentir lo *afecte* una mujer pero no así un hombre?. A priori, esta consideración parece no tener ningún sentido, por lo que en las páginas siguientes abordaremos esta temática con más detalle.

3.4 Intentos de reformas al Artículo 365 del Código Penal.

La existencia del artículo 365 como ha sido expuesto en el presente texto se remonta a la primera versión del Código Penal que nuestro país decidió darse. En este contexto este artículo no ha estado exento de la búsqueda por parte del legislativo de reformarlo o derechamente derogarlo, por lo que en esta sección nos abocaremos a las mociones presentadas por el poder legislativo orientadas a este efecto.

Con fecha 3 de septiembre del año 2009, los diputados María Antonieta Saa, Adriana Muñoz, Ximena Valcarce, Guillermo Ceroni, Fulvio Rossi y Gabriel Silber, iniciaron la moción contenida en el Boletín N°6685-07, el cual planteaba un proyecto que tenía por finalidad la derogación del artículo 365 del Código Penal, y que de alguna forma buscaba que se igualaran las edades del consentimiento para todos los jóvenes independiente de sus preferencias.

Este proyecto se basaba en la idea de que la existencia de la norma del artículo 365 como tal correspondía a una forma de discriminación mas que a la tipificación de un delito de carácter sexual.

Así señalaba “proyecto de ley que sometemos a consideración del Parlamento tiene por objeto terminar con la discriminación legal que afecta a jóvenes homosexuales, hombres y mujeres, quienes son estigmatizados con una norma especial que los criminaliza, el artículo 365 del Código Penal, del cual se desprende

una edad de consentimiento sexual de 18 años, mientras que en relación a los heterosexuales está fijada en 14 años.”⁶¹

Pese a lo expuesto en dicha oportunidad por los honorables dicho proyecto hoy, habiendo trascurrido más de 12 años continua en el en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

En el año 2020 la diputada Carolina Marzán en conjunto con el I Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) presentan un segundo proyecto orientado a la derogación de la norma del artículo 365, el cual es redactado en conjunto con los parlamentarios Gabriel Boric, Maya Fernández, Sebastián Keitel, Andrea Parra, Leonardo Soto, Matías Walker; señala que “delito contemplado es abiertamente discriminatorio en la medida que criminaliza una conducta bajo criterios netamente morales, no relevantes y que no se adecuan al dinamismo social ni a la evolución de esta.”⁶² Sin embargo al igual que el proyecto anterior este no ha prosperado mas allá del primer trámite constitucional.

Ahora bien, se alberga cierta esperanza en la despenalización de la conducta típica del artículo 365 a través del Proyecto de Ley que busca Modificar el Código Penal para reforzar la protección penal a la infancia y a otras personas, el cual fue ingresado con suma urgencia por parte del ejecutivo. En este contexto el día 28 de julio del 2021 se aprueba por parte de la cámara de diputados el proyecto concordante con los boletines N° 14.107-07 y 14.123-07, en el cual se contempla la completa derogación del artículo en cuestión. Punto que si bien representa un esperanzador logro en esta materia no está del todo zanjado.

⁶¹ Boletín N° 6685-07, Deroga el artículo 365 del Código Penal, igualando derechos de las personas, al margen de su orientación sexual

⁶² Boletín N° 13631-07. Deroga el artículo 365 del Código Penal con el fin de terminar con la discriminación y criminalización de las relaciones homosexuales

3.5 Análisis del art. 365 desde la perspectiva de la diferencia con la norma general del consentimiento

Como antes se ha referido en este trabajo el problema respecto del artículo 365 del código penal radica en la diferencia que este artículo genera respecto de la regla general que aplica en materia de consentimiento sexual para niños, niñas y adolescente.

En general, las fuentes del derecho internacional, como lo son la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño, por mencionar algunas, así como nuestro ordenamiento otorga a los jóvenes integrantes de nuestra sociedad un reconocimiento progresivo de su autonomía sexual, lo que se materializa no solo en la protección de sus derechos, sino que también en otorgamiento gradual de libertad en la toma de decisiones que le competen.

“Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada periodo de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo”.⁶³

Ahora bien, aun cuando nuestro código penal reconoce en materia sexual la posibilidad de los jóvenes de tomar decisiones concernientes a su esfera sexual desde los 14 años en adelante, poniendo un cuidado especial en el consentimiento que pueden prestar los jóvenes de esta edad hasta antes de alcanzar la mayoría de edad; sin embargo, se trata de un derecho totalmente inexistente para quienes encontrándose en el rango de edad que va entre los 14 y 17 años de edad, decidan consentir mantener relaciones sexuales o actos de connotación sexual con alguien de su mismo género. En estos casos la progresividad en el ejercicio de conductas

⁶³ MINRYERSKY, NELLY. Artículo en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2009, p.133

sexuales se ve completamente mermado por la existencia de una visión arcaica en cuanto a la conformación de las parejas, la vinculación sexo-afectiva, y el descubrimiento de la sexualidad, la cual no reconoce ni brinda espacios a que los NNA en este rango de edad puedan explorar libremente (partiendo del entendido que nos encontramos en aquellos caso en el consentimiento ha sido prestado exento de todo vicio) su sexualidad.

4. CAPÍTULO 4.

Algunas consideraciones.

4.1 Contraste del Delito de Sodomía con otros delitos de carácter sexual contra menores.

El delito de sodomía como hemos visto a lo largo del trabajo surge según expresaron en su momento los legisladores a cargo de su redacción de la necesidad, en primera instancia, atender a la visión altamente patologizante que se tenía respecto de las relaciones homosexuales, donde se le veía como una desviación mental la cual podría resultar contagiosa si no era reprimida por medio de un ordenamiento positivo que se hiciera cargo de su sanción.

Si bien la criminalización a la sodomía siempre ha atendido a un sesgo altamente discriminatorio, la norma tenía cierta lógica considerando que hasta el año 1999 la violación solo podía ser cometida en contra de niñas y mujeres, pero no existía un vacío que dejaba en una gran indefensión a niños jóvenes y varones que pudieran ser víctimas de turbaciones en su indemnidad.

Ahora bien, con la modificación que se introduce al texto legal en el año 1999 esta motivación que nos podría parecer lógica desaparece, porque se permite la posibilidad de que los hombres sean contemplados como víctima del delito de violación.

Con lo anteriormente dicho, debemos hacer presente que el título séptimo que es donde se contienen todos estos delitos lo hacen bajo a conceptualización de “Crímenes y Delitos contra el orden de la Familia, contra la moralidad Pública y contra la Integridad Sexual”. Siendo en específico los que nos importan que los contenidos en el §V. De la violación y §VI. Del estupro y otros delitos sexuales.

Tenemos que el supuesto inicial del artículo 365 es “El que accediere carnalmente 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.”⁶⁴; sin embargo es preciso que remitirnos a lo que esta norma excluye para poder verificar su alcance.

Por un lado y como punto de partida tenemos que el artículo 362 señala que siempre nos encontraremos ante una violación cuando en se acceda carnalmente a una persona menos de 14 años sin importar si se trata de alguien de su mismo sexo o no.

Ahora bien, se tratará de violación cuando siendo mayor de 14 años concurren las los numerales que el artículo 361 que dicen relación con:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Y nos encontraremos ante un estupro cuando estando dentro del mismo rango en que se puede materializar la sodomía concurren las causales establecidas en el artículo 363 del Código Penal, es decir:

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.

⁶⁴ Artículo 365 código penal

4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

Lo que esquematizado quedaría de la siguiente manera:

	MENORES DE 14 AÑOS DE EDAD	ENTRE LOS 14 Y 18 AÑOS DE EDAD	DESDE LOS 18 AÑOS DE EDAD EN ADELANTE
Violación	Bajo cualquier circunstancia el acceso carnal con un menor de 14 años es violación	1º Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse. 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la	
Estupro	No aplica dado que bajo cualquier circunstancia el acceso carnal con un menor de 14 años es violación	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.	No existe la figura de estupro para mayores de edad
Sodomía	No aplica dado que bajo cualquier circunstancia el acceso carnal con un menor de 14 años es violación	Aun mediando consentimiento; cuando un hombre acceda carnalmente a alguien de su mismo sexo	No existe la figura de sodomía para mayores de edad
Actividad Sexual Consentida	No aplica dado que bajo cualquier circunstancia el acceso carnal con un menor de 14 años es violación	Se le reconoce el Derecho a consentir libremente el participar en una actividad sexual siempre que esta se lleve a cabo con alguien de distinto sexo.	Se le reconoce el Derecho a consentir libremente el participar en una actividad sexual.

4.2 Otros derechos vulnerados a partir de la existencia del art. 365.

La existencia de la norma en cuestión no solo se erige como se ha comentado a lo largo de este trabajo como un límite al derecho al libre ejercicio de la sexualidad de niños, niñas y adolescentes en el contexto del reconocimiento de su progresiva autonomía, sino que también reviste la vulneración de otras garantías como los son las de Igualdad ante la ley, derecho a la vida privada y la discriminación en razón de la orientación sexual, motivos en virtud de los cuales se ha sostenido la inconstitucionalidad del artículo.

4.2.1 Transgresión a la igualdad ante la ley.

Consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, este artículo señala que en nuestro país “no hay persona ni grupo privilegiados (...) Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”⁶⁵ sin embargo, en artículo 365 propone que el consentimiento que puedan otorgar los jóvenes que establezcan relaciones heterosexuales o derechamente heterosexuales contara con mayor validez que el de aquellos que decidan tender por aquellas de connotación homosexual; dado que a estos últimos se les mirara como víctima de un delito, mientras que a los otros se les reconoce la validez de su consentimiento, y quiera mirarse esto como falta de protección para algunos o restricción en los derechos de otros, existiría una clara vulneración a la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Ahora bien, esta no es la única forma en que se puede configurar la transgresión al principio en cuestión esto dado que sobre el texto del 365 debemos aplicar lo estipulado por la ley 20.084 la que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, donde en el artículo 4 se señalan diferencias en cuanto a la diferencia de edad que existe entre víctima y victimario para la penalización del delito en comento, en este sentido tenemos que:

⁶⁵ Art 19 N°2 CPR

“Dependiendo de la interpretación que se sostenga en relación con la mención que el artículo 4° de la Ley 20.084 hace al artículo 365 del Código Penal se tiene que cuando existe una diferencia de edad no superior a 2 (o 3) años entre el autor del acceso carnal y el menor que es objeto de acceso carnal, no se puede procesar a quien accede a un menor de 12 o 13 años, pero sí a quien accede a un menor de 14 o más años, o bien no se puede procesar a quien tiene menos de 18 años de edad pero sí al que ha cumplido 18 años. Dado que el menor que es objeto de acceso carnal tiene una diferencia de no más de 2 (o 3) años con el autor del delito, lo anterior implica que mientras más edad tenga el menor que es objeto de acceso carnal mayor es la punibilidad de quien accede carnalmente a él. No existe razón alguna que justifique esta consecuencia. Conforme a la penalidad establecida por la ley para los delitos de los artículos 362 (crimen) y 365 (simple delito sin pena aflictiva), y conforme a la justificación de la punición de esos comportamientos en la protección del menor, es obvio que el acceso carnal constituye un atentado más grave mientras menor sea la edad que tiene la víctima. Sin embargo, la aplicación del artículo 365 produce como consecuencia práctica que la punibilidad del autor del acceso carnal se incremente con el aumento de la edad de la víctima.”⁶⁶

Con lo antes señalado vemos que no existiría la necesaria simetría que haga prudente que cuando hablemos de la penalización dada por el artículo 365 podamos tenerla igualitaria.

La igualdad se ve nuevamente transgredida por esta norma toda vez que el delito solo es posible configurarlo cuando los sujetos en cuestión sean hombres cisgénero, no así en los casos de relaciones lésbicas o de hombres transgénero; por carecer estos del órgano sexual masculino que permita que se configure el delito en su exigencia de acceso carnal; o al menos así se ha planteado, dejando fuera del ámbito de la punibilidad, o mejor dicho, solo sancionando a un grupo minoritario.

⁶⁶ Rodríguez, A. B., Salas, J. C., Leixelard, J. P. C., de la Fuente Hulaud, F., Cruz, J. Á. F., Dálbora, J. L. G., ... & Piñeiro, M. S. (2011). La inconstitucionalidad del artículo 365 del código penal. Informe en derecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 73-109.

De modo que entrando en la retórica de esta norma es válido cuestionarnos el porque subsiste en nuestro ordenamiento una norma que solo se encarga de sancionar los delitos de esta índole cometidos contra un grupo de varones dejando en una situación de *indefensión* a tantos jóvenes que mantienen relaciones de índole hetero sexual o llanamente lésbicas.

Respecto de este último tipo de relaciones no podemos dejar de detenernos a analizar que si el objetivo señalado por quienes defienden esta norma está orientado a la protección de la autonomía, integridad, indemnidad y libertad sexual, no parece del todo lógico plantear que estos bienes solo se afectarían a los varones en contextos homosexuales pero no a mujeres en esta misma índole. Sin embargo, esto se explica a través de la significación histórica que se le ha otorgado a la penetración como acto sexual por sobre otras conductas que hoy entendemos igualmente como sexo; visión que a su vez está muy ligada al concepto de virginidad, donde se le asigna una preponderancia tal al ser penetrado que se instaura esta visión de la pérdida de un algo, un algo que no estaría en juego en las relaciones entre mujeres. Lo que claramente hoy en pleno año dos mil veintidós no es válidamente sostenible en un contexto de búsqueda de igualdad en el reconocimiento de los derechos.

4.2.2 Transgresión al derecho a la vida privada y la intimidad

El artículo 19 n°4 de la Constitución Política de la República reconoce este derecho a todas las personas, pero este derecho se ve contrapuesto a la idea que plantea el artículo 365 del Código Penal, en donde toda la capacidad que se le otorga para autodeterminarse se derrumba cuando desean orientarlo a la consumación de relaciones de índole homosexuales aun cuando en estas no estén mediando circunstancias tales como fuerza, coacción, engaño u otro abuso, en donde le sea propio intervenir.

El que se condene una conducta que no representa un riesgo para la persona a quien se le por víctima representa una intromisión a su esfera mas íntima, donde se invalida sus deseos y necesidades sobreponiendo a estas consideraciones morales anticuadas y obsoletas; que vulneran la privacidad e intimidad de una decisión que existe de manera totalmente despojada de riesgos y abusos.

4.2.3 Transgresión al derecho a la no discriminación en razón de la orientación sexual, o derecho a la no discriminación arbitraria.

Sin tener que entrar en mayor ahondamiento es posible notar (por el desarrollo que este trabajo ha tomado) que el que se le permita a unos si y a otros no la posibilidad de consentir se trata de una discriminación que se basa en la orientación sexual.

No podemos olvidar que en nuestro país así como en la mayoría de los países del mundo este delito nace de la búsqueda de dar un guiño a las religiones que desde antiguo han criminalizado, tildado de desviado y patologizado la divergencia del patrón familiar que han promovido y reproducido. Donde si bien podemos encontrar discusiones legislativas estas no escapan de ser comentarios llenos de ignorancia, prejuicios y parcializaciones.

Si bien en nuestra legislación existen circunstancias en donde hemos decidido limitar la posibilidad de prestar consentimiento, como lo serían los casos del artículo 363 del Código Penal, es bastante desalentador pensar que estas pueden ser asemejadas al decidirse por una orientación sexual o el querer experimentar una orientación sexual distinta a la hetero normada.

Pese a lo planteado, las solicitudes que han buscado que se declare la inconstitucionalidad del del artículo 365 no han prosperado, así el caso mas reciente donde se ha alegado corresponde a la causa Rol N°3205-17 INA, pese a la opinión disidente de la mitad del pleno; mismo pleno que ha sostenido que “la penalización de la sodomía, aunque sea en forma muy residual o excepcional, como en la especie, contribuye a la estigmatización de las personas que la practican y a su

segregación social. Así, la penalización de la sodomía resulta intolerable y asimilable a la prohibición y penalización de las relaciones entre persona de raza negra y raza blanca existente en los Estados Unidos hasta los años 70, en que el móvil de la regulación era precisamente mantener la subordinación de un grupo humano”⁶⁷, no se pudo acoger la solicitud de inaplicabilidad de este artículo.

⁶⁷ Constitucional, T. (2011). Sentencia del tribunal constitucional Rol 1683-10-INA. *Revista de Estudios de la Justicia*, (14), 111-151.

5. Conclusiones

La tesina que antes se pudo revisar pretendió a través de sus páginas, hacerse, en cierto sentido, cargo de la existencia de una norma que en el último tiempo ha generado debate e incluso molestia, sobre todos para los grupos que representan a las disidencias sexuales.

La norma en cuestión establece un estadio diferente para la otorgación de consentimiento respecto de la regla de habilitación general que fija los 14 años la potestad de autodeterminarse sexualmente.

Para lo antes mencionado el trabajo extiende el análisis al cuestionamiento respecto de lo que se trata el consentimiento, y respecto de sus tipos y expresiones en diferentes cuerpos normativos; todo esto bajo el entendido de que si bien la regulación respecto de estos criterios es independiente no se puede desentender la influencia que uno termina imprimiendo en el otro; así como lo hace la determinación de lo que es el consentimiento en materia penal que no necesariamente dice directa relación con la de índole penal sexual.

Ahora bien, se explica por medio de este trabajo como es que el consentimiento debe ser prestado para que adquiera la validez que nos permita aseverar que nos encontramos en un efectivo uso de la progresiva autonomía que debe reconocerse a los jóvenes.

El trabajo hace hincapié en el artículo 365 del código penal, por lo que se analiza su historia, la construcción del tipo analizando desde diferentes perspectivas el delito si como los sujetos que contempla. Sin olvidar que este ha sido objeto de diferentes intentos de reformas.

Finalmente este trabajo aborda la diferencia que existe entre este delito y otros que afectan a niños, niñas y adolescentes como lo son el estupro y la violación, así como los derechos constitucionales que por este se transgreden.

Con todo lo antes dicho esta tesis si bien no pretende zanjar la discusión permite a la autora sacar en limpio que:

5.1 De la necesidad de reconocer Autonomía Sexual desde una perspectiva integradora de la diversidad

Como se planteo en el trabajo, la autonomía sexual de niños, niñas, adolescentes y jóvenes es un camino que implica una difícil conjugación de normas y reglas para asegurar su indemnidad.

El tratamiento de la esfera sexual de los más jóvenes de nuestra sociedad es un ámbito que requiere que se usen todos los elementos que se tengan a disposición para el aseguramiento de su correcto desarrollo, su ejercicio con libertad y consentimiento viciado de cualquier tipo de perturbación.

En este sentido nos parece razonable señalar que la existencia de una edad mínima para el consentimiento sexual es fundamental para la protección de los niños y niñas de posibles abusos y violaciones; así como de las posibles consecuencias perniciosas que un temprano despertar sexual caracterizado por la carencia de información y educación podrán acarrear.

Si bien aún tenemos países en el orbe que se niegan a reconocer la capacidad de los jóvenes de poder consentir el participar en actividades de connotación sexual, nuestro país en estas materias esta por consagración de la autonomía progresiva, lo que concreto significa la “capacidad y facultad de éstos para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente a las facultades de los padres o adultos responsables de su dirección y orientación. Según la edad, la autonomía importa la participación en carácter personal de los niños y los adolescentes en la realización de sus derechos, atendiendo al grado de desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado. Supone que, en la medida que la persona avanza en el

desarrollo de sus capacidades de acuerdo con su edad, toma control sobre diversos ámbitos de acción”⁶⁸

Con lo antes dicho y a la luz del conflicto del que busca hacerse cargo este texto, parece no tener mucha coherencia, dado que en virtud de este principio que consagra la autonomía de los jóvenes solo les permitamos establecer relaciones del tipo heterosexual por sobre las de índole homosexual, cuando en la práctica la decisión sigue siendo en el fondo la misma; y básicamente estamos entregando libertad para que las niñas puedan relacionarse con hombres y los niños con mujeres, porque bajo ese supuesto creemos en su madurez para optar, pero cuando toman la misma decisión pero sobre hacerlo con alguien con quien se comparte en especie la misma genitalidad, establecemos una norma diferente lo que se traduce en una forma de discriminación.

En la suma, cuando establecemos una edad en la que consideramos que los adolescentes son capaces de decidir sobre su esfera mas íntima, no podemos hacerlo recurriendo a criterios arbitrarios, homofóbicos o discriminatorios; porque en vez de conseguir el fin por el cual existen estas normas (y que dice relación con evitar actos que se enmarquen en la pedofilia) lo que estamos haciendo es criminalizar las preferencias sexuales disidentes.

5.2 De la necesaria derogación del art. 365 del Código Penal.

Recapitulando sobre lo abordado en esta tesis, el que en pleno 2021, hayamos avanzado en materias como acuerdo de unión civil, matrimonio igualitario y adopción homoparental, pero se continúen manteniendo disposiciones que buscan marginar a un grupo de nuestra población basándose solo en antiguas creencias y

⁶⁸ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, El Mercurio, Legal, Análisis Jurídico, Familia, Jueves 4 de junio de 2015.

visiones respecto de lo que debía ser la “moral sexual” y lo que actualmente se mira y justifica bajo la búsqueda de combatir la “corrupción de menores”, es realmente ilusorio, mas considerando que cuando se discutió la reforma de este artículo la visión del legislador dio un giro y paso ser “mas valiosa la indemnidad del menor, en tanto potencial víctima de una relación homosexual, que la libertad de ese mismo menor de consentir en una relación de esa índole y aun cuando se atente en contra de su voluntad de autodeterminarse sexualmente.”⁶⁹

Como se señalo en este trabajo; el problema con el artículo 365 del código penal no radica en la mera constatación de que se trata de una norma retrograda, si no en la exposición de porque esta misma es una forma de contravención a nuestro ordenamiento constitucional, toda vez que con su mantención como texto así como con la aplicación de la misma en los casos concretos se trasgreden las garantías que el artículo 19 de la Constitución Política de la República como lo son la libertad, vida privada e igualdad por mencionar algunos.

⁶⁹ Zapata González, F. (2012).El artículo 365 del código penal : análisis crítico del delito : proyecto de actualización del repertorio de legislación y jurisprudencia del código penal y sus leyes complementarias. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113074>

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. A., & MENDÓS, L. R. (2017). Homofobia de Estado: estudio jurídico mundial sobre la orientación sexual en el derecho: criminalización, protección y reconocimiento.
2. ACUÑA SAN MARTÍN, MARCELA, El Mercurio, Legal, Análisis Jurídico, Familia, Jueves 4 de junio de 2015.
3. ÁVALOS J, N., TAPIA M. (2013). Consentimiento informado: síntesis de teoría actual y recomendaciones.
4. DÍAZ, CARLOS L. Esquemas Para Examen De Grado - Derecho Civil;
5. POLITOFF L. MATUS A. RAMÍREZ G., Lecciones de Derecho penal chileno: Parte General.
6. DESCHNER, K. (1993). Historia sexual del cristianismo.
7. ECHEVERRY, A. (1965). Derecho Penal. Parte especial. Tomo IV, editor Carlos E. Gibbs. Santiago.
8. FERNÁNDEZ-VIAGAS ESCUDERO, P. (2019). La estigmatización de los pecadores contra natura en la Castilla del siglo XIII: una aproximación de historia cultural al Título XXI de la Séptima Partida.
9. GARCÍA-CALDERÓN, B. E. (2010). El consentimiento en derecho penal
10. GARRIDO MONTT, M. (2004). Derecho Penal Parte General Tomo 2.
11. GARRIDO MONTT, M. (2007). Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Santiago.
12. MAÑALICH, J. P. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas
13. MATUS ACUÑA, J. P., & RAMÍREZ GUZMÁN, M. C. (2015). Lecciones de derecho penal chileno: parte general: fundamentos y límites constitucionales del derecho penal positivo

14. MINRYERSKY, N. (2009) Artículo en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”.
15. PARKES, A., HENDERSON, M., WIGHT, D., & NIXON, C. (2011) We use “sexual autonomy” to refer to volition and control in sexual decision making.
16. PAZOS, J. B. (2013). El derecho penal español en el vacío entre dos códigos
17. PEÑA, S. (2010). Las raíces histórico culturales del derecho penal chileno.
18. POLITOFF, S., ACUÑA, J. P. M., & GUZMÁN, M. C. R. (2005). Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial. Editorial Jurídica de Chile.
19. RÍOS, J. (2006) El consentimiento en materia penal (Consent in Criminal Matter).
20. RODRÍGUEZ, A. B., SALAS, J. C., LEIXELARD, J. P. C., DE LA FUENTE HULAUD, F., CRUZ, J. Á. F., DÁLBORA, J. L. G. & PIÑEIRO, M. S. (2011). La inconstitucionalidad del artículo 365 del código penal. Informe en derecho.
21. ROXIN, C. PEÑA, D. M. L., DÍAZ, M. GARCÍA, C & REMESAL, J. V. (1997). Derecho penal (Vol. 1).
22. SAAVEDRA, J. M. (2019). Una nueva ola feminista... más allá de #MeToo. Irrupción, legado y desafíos. Políticas Públicas para la Equidad,
23. SALAZAR, G. A. (2012). Raro. Una historia gay de Chile, de Óscar Contardo. Nomadías, (16).
24. VALENZUELA CÁCERES, M. (2020). La sodomía en el derecho penal chileno del siglo XIX.
25. VEGA ARRIETA, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. Justicia, (29), 53-71.
26. VELÁSQUEZ, F. (2011). Derecho Penal. Parte General. Tomo I.
27. VIAL, V. (2006). Teoría general del acto jurídico.
28. ZAFFARONI, E. R. (2001). Derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Sociedad Anónima editora
29. ZAPATA GONZÁLEZ, F. (2012). El artículo 365 del código penal: análisis crítico del delito : proyecto de actualización del repertorio de legislación y jurisprudencia del

Jurisprudencia

1. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N°1287-2008, RUC N°0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete.
2. Constitucional, T. (2011). Sentencia del tribunal constitucional Rol 1683-10-INA. Revista de Estudios de la Justicia, (14), 111-151.

Discusiones legislativas

1. Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal Chileno, sesión 71, de 10 de Abril de 1872, Santiago, 1873, Imprenta de la República.

https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3770/2/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf

2. Boletín N° 13631-07. Deroga el artículo 365 del Código Penal con el fin de terminar con la discriminación y criminalización de las relaciones homosexuales.

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=55937&formato=pdf>

3. Boletín N° 6685-07, Deroga el artículo 365 del Código Penal, igualando derechos de las personas, al margen de su orientación sexual

<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/autores.aspx?prmID=7081&prmBOLETIN=6685-07>

Historia de la Ley

1. Historia de la Ley n° 19.617, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín 1048-07
<<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>> [Consulta: 15 de julio 2021]
2. Historia de la Ley n° 19.617, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, boletín 1048-07-2.
<<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>> [consulta: 17 de Julio 2021]
3. Historia de la Ley n°18.216, Informe de la Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, 5 de noviembre de 1998, cuenta en sesión 19, legislatura 339.
<<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>> [consulta: 17 de Julio 2021]

Leyes

1. CHILE. Código Procesal Penal. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2014.
2. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2014.
3. CHILE. Código Penal. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2021.
4. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2021
5. CHILE. Decreto Supremo No778, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. Diario Oficial, 29 de abril de 1989.
6. CHILE. Decreto Supremo No778, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. Diario Oficial, 29 de abril de 1989. CHILE. Código Procesal Penal. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2014.

7. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2014.
8. CHILE. Decreto Supremo No778, Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966. Diario Oficial, 29 de abril de 1989.
9. CHILE. LEY 17727 Introduce Modificaciones Que Indica Al Código Penal. 1972

Otros

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Sistemas de donación de órganos en el Derecho Comparado. 2012.
2. MINISTERIO DE LAS CULTURAS, LAS ARTES Y EL PATRIMONIO Recomendaciones Ambientes De Trabajo Libres De Violencia De Género. 2020.
3. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos, resolución WHA63.22. 2010.
4. DIARIO CONSTITUCIONAL, sobre el Stealthing. 2021.
5. MORALES, P. Consentimiento: No es no. Publicado en diario La Tercera. 2020.