Deroga el artículo 365 del Código Penal con el fin de terminar con la discriminación y criminalización de las relaciones homosexuales

Boletín N° 13631-07.

I. FUNDAMENTOS

a) En el ordenamiento jurídico el derecho penal es un medio de control social toda vez que, en su esencia, se orienta a que ciertas conductas socialmente indeseables se eviten bajo la amenaza de la imposición de una sanción o pena para aquel o aquella que las realice. Por lo tanto, la potestad punitiva existe para proteger bienes jurídicos frente a potenciales ataques de los que pueden ser objetos, lo que implica que, a través de la sanción o pena, el Estado establece la vigencia de estos valores socialmente relevantes y, a su vez, motiva el comportamiento de los individuos que componen la sociedad. Sin embargo, no podemos comprender este sistema de normas de manera aislada, sino como un medio de control inserto en un sistema más amplio, en que diversas organizaciones son cruciales en la internalización de dichos valores como primordiales y que deben ser objeto de protección, con una amplitud tal, que abarca desde el núcleo familiar hasta instancias educativas formales o no. Es esta interacción lo que permitiría justificar la acción social desde la orientación subjetiva y objetiva, a partir de la existencia de sistemas que, según Talcott Parsons, podemos calificar en orgánicos, de personalidad, sociales y culturales, desde el punto de vista del rol social y cómo nos desenvolvemos a través de las pautas que rigen la conducta[1] en una sociedad con identidad propia y esencialmente dinámica.

[1] PARSONS, Talcott. Teoría de la Acción y Condición Humana. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid 2018. Ref. págs.140 y ss.

b) El Derecho Penal y la intervención punitiva reconoce ciertos límites, uno de estos se denomina el Principio de Lesividad u Ofensividad, que se orienta a que sólo se tipifiquen como delito aquellas conductas que constituyan un potencial daño o afectación a un interés que reúna condiciones indispensables para ser objeto de tutela penal. Así las cosas, no cualquier conducta será sancionable y no por afectar un mismo bien jurídico se admitirá la misma pena, sino que la severidad irá variando de conformidad a cuán grave sea la afectación del bien jurídico. Con todo, es necesario proscribir del sistema penal cualquier consideración ideológica (o, incluso, moral) que tienda a la tipificación de un delito, toda vez que los criterios no responden a la certeza intersubjetiva de lo que la sociedad estima un interés objeto de tutela penal, mas solo una oportunidad legislativa sustentada en oportunidad, represión y discriminación.

c) El código penal fue objeto de una reforma el año 2004 que modifica el epígrafe del Título VII y lo denomina “Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias y contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual” a partir de aquí, la doctrina instaló la idea de si era pertinente o no incluir los delitos sexuales dentro de este y, aún más, si las expresiones de “Orden de las Familias” y “Moralidad Pública” podían ser consideradas Bienes Jurídicos. Ante la novedad de la incorporación del concepto de “Integridad Sexual” en el título, no cabe duda que los denominados delitos sexuales queden descritos bajo este título, pero no bajo la idea de un bien jurídico determinado, sino bajo conceptos que permiten su sistematización dentro del código. Así las cosas, se descarta que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales sea, por ejemplo, el orden de las familias, a saber: por su vinculación con criterios de índole moral criticable desde el punto de vista de la lesividad; por despersonalización del delito, en el sentido que no se castigaría por el daño a la víctima, sino por ir contra un orden *supra*

personal y; no siempre hay relación de carácter familiar entre autor y víctima. Así también, se proscribieron otras ideas de bienes jurídicos protegidos como las Buenas Costumbres, la Moralidad Pública.

d) Según el Profesor Rodríguez Collao, el bien jurídico protegido es el *derecho a la indemnidad sexual* que constituye aquel derecho a no verse involucrado en un contexto sexual en atención al daño físico, psíquico o emocional que ello puede ocasionar. No es necesario que haya un daño efectivo, sino que la conducta sea potencialmente dañina, lo que permitiría distinguir y explicar la diferencia de penas.

e) Dicho esto, especial atención requiere el delito contemplado en el artículo 365 del Código Penal, que reza del siguiente modo: *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*. Este delito es un resabio de la sodomía simple contemplada en los orígenes del Código Penal del siglo XIX, lo que nos lleva al contrasentido de, por ejemplo, sancionar a un hombre de 17 años que tiene relaciones consentidas con su pareja hombre de la misma edad que, en la hipótesis de una relación sexual de una pareja heterosexual no es sancionable de concurrir las mismas circunstancias. Lo anterior ha intentado interpretarse realizando la comparación de ciertos supuestos de castigo de abuso sexual (de conformidad a la noción establecida en el artículo 369 del Código Penal) en los que hay ciertos requisitos como imposiciones de verificación de cumplimiento de la norma, un poco más elevados en ciertos supuestos de hecho. Justamente porque hay cierto margen de reconocimiento a la libertad sexual de las personas menores de 17 años y mayores de 14 años, entonces ese margen hay que respetarlo y esto es precisamente lo que no

hace la norma del artículo 365 y ya que existe aún la norma, se ha intentado interpretar haciendo equiparable las libertades de los menores de edad que tienen relaciones heterosexuales. En este sentido, es evidente que el tipo penal del artículo 365 no obedece sino a una consideración moral decimonónica, puesto que no confluye con la regulación de ninguna manera; no es armónico con la regulación de los delitos sexuales vigentes en nuestro ordenamiento, porque en realidad a los menores de 17 años y mayores de 14 no les reconoce ningún ámbito de libertad sexual cuando de relaciones homosexuales se trata, lo que es un error porque es dolosamente discriminatorio.

f) De este modo, el 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. Sin los criterios hermenéuticos propuestos por la doctrina para esta figura típica, este delito no cumple con lo mínimo acorde al principio de lesividad, toda vez que no hay un bien jurídico apreciable, sino más bien una simple persecución a relaciones sexuales entre hombres desde la concepción de un interés social de hace dos siglos atrás, donde los criterios morales solían incorporarse dentro del ordenamiento jurídico. En esta misma dirección lo plantea el MOVILH, al establecer que *La norma es discriminatoria por cuanto sanciona la expresión de orientaciones sexuales sanas y legitimas, como son la homosexualidad y la bisexualidad, según lo ha señalado la propia OMS; y no busca sancionar un delito de tipo sexual, todos los cuales están claramente definidos en otros artículos del Código Penal, sino una expresión de afectos propia de la construcción identitaria del ser humano*[2].

[2] Extraído de http://www.movilh.cl/chilediverso/365_y_373_del_Codigo_Penal.html el 28 de junio de 2020 a las 18.39 horas.

g) A mayor abundamiento, en materia de Tratados Internacionales ratificados por Chile existe un mandato en lo referente a esta materia y que la existencia de esta figura transgrede. A saber:

- Declaración del 18 de diciembre de 2008 dirigida al Presidente de la Asamblea General que emana de los Representantes Permanentes de la Argentina, el Brasil, Croacia, Francia, el Gabón, el Japón, Noruega y los Países Bajos ante las Naciones Unidas, suscrita además por Chile, en relación con *Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales*[3], establece en el numeral 11: *Urgimos a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias, en particular las legislativas o administrativas, para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular ejecuciones, arrestos o detención*[4]*.*

- En las observaciones generales Del Comité de los Derechos del Niño, con ocasión de la No Discriminación contemplada en el artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño, se establece lo siguiente: *El Comité recomienda la abrogación por los Estados Parte de las disposiciones relativas a esos delitos para garantizar la igualdad de trato de los niños y los adultos ante la ley. A este respecto, el Comité también se remite al artículo 56 de las Directrices de Riad, que dice lo siguiente: "A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un*

[3] Extraído de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf el 28 de junio a las 18.49 horas

[4] Extraído de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf el 28 de junio a las 18.50 horas.

adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven[5]".

h) Finalmente, es de suma importancia, hacer presente que una norma como la del artículo 365 no tiene ningún sentido, porque si realizamos el ejercicio de suprimirla mentalmente cualquier conducta atentatoria de un mayor de edad hombre en contra de un menor de edad hombre, o bien entre menores de edad hombres puede ser sancionada al tenor de los otros delitos en materia sexual. Esto es, violación, abuso sexual, violación impropia si la víctima es menor de 14 años, etc. De este modo, queda en evidencia que nada se está protegiendo con el artículo 365, puesto que la eliminación de esta norma no deja algún supuesto de hecho que sea merecedor de reproche penal fuera de la regulación, cualquiera de los atentados sexuales de hombres hacia hombres, sea cual sea la edad que tengan, puede ser cubierto y castigado con la aplicación de los otros tipos penales existentes en nuestra legislación.

II. IDEA MATRIZ

El proyecto tiene por objeto único derogar el artículo 365 del Código Penal, con el objeto de poner fin a la criminalización explicada y expuesta en lo fundamentado, sobre la base que es una figura sin sustento político criminal y adolece de criterios penales que justifiquen su tipificación.

Por lo anterior y sobre la base de los fundamentos y antecedentes expuestos es que venimos a proponer el siguiente:

[5] Extraído de https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf página 161 del documento, el 28 de junio de 2020 a las 19.05 horas.

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Modifíquese el Código Penal en el siguiente modo:

1. Deróguese el artículo 365.

H.D CAROLINA MARZÁN PINTO