



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 10.316-2021

[28 de diciembre de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 365 DEL
CÓDIGO PENAL

HÉCTOR PINO PINO

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1800993345-6, RIT N° 327-2020, SEGUIDO ANTE
EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA CON COMPETENCIA EN FAMILIA DE
CABRERO

VISTOS:

Con fecha 15 de febrero de 2021, Héctor Eduardo Pino Pino, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 365 del Código Penal, para que incida en el proceso penal RUC N° 1800993345-6, RIT N° 327-2020, seguido ante el Juzgado de Letras y Garantía con competencia en Familia de Cabrero.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El texto del precepto impugnado dispone lo siguiente:

“Código Penal

(...)

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.”.





Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Expone el actor que, en julio de 2020, el Ministerio Público formalizó investigación en su contra por el delito que prevé el artículo 365 del Código Penal, el que se encontraría consumado y por el cual se le atribuyó responsabilidad penal como autor ejecutor. Dicha causa se encuentra en etapa investigativa, con audiencias fijadas para salida alternativa o procedimiento abreviado.

Indica que la aplicación de la norma en dicha gestión judicial vulnera los principios de dignidad, igualdad y privacidad, así como la garantía de contenido esencial de los derechos.

Refiere que la dignidad no consiste únicamente en reconocer la calidad inherente a toda persona de ser digno, dado que todas las personas tienen el ejercicio a esa dignidad, lo que genera correlatos en todos los ámbitos de la vida, como la educación, trabajo, familia y el ejercicio de la sexualidad.

Acota que la igualdad tiene dos dimensiones: eliminar toda discriminación o diferencia arbitraria y generar las intervenciones necesarias para corregir las desigualdades de hecho. La igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes atendiendo a consideraciones de razas, ideológicas, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal.

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

Analizando el juicio de igualdad, señala que el eje del principio es lo diferente y no lo igual. Para realizar el juicio de igualdad sólo se deben considerar aquellas diferencias que resulten esenciales, por lo que la diversidad se hace relevante para el juicio de igualdad cuando está en la base de una discriminación injusta. Pero, que la discriminación sea injusta, no depende del hecho de la diversidad sino del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual.

Por lo anterior, lo central en el juicio de igualdad consiste en determinar cuándo se está en presencia de una diferencia o igualdad razonables y cuándo ante una discriminación o equiparación injustas, ya que en el primer caso se permite y promueve un tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo se repugna la diversidad o identidad en el trato.

Por ello, precisa el requirente, el tratamiento discriminatorio será esencial cuando adolezca de razonabilidad, es decir, cuando sea susceptible de ser calificado de arbitrario. Se está en presencia de una discriminación cuando se trata de manera



diferente a los que deben ser tratados igual, incidiendo el tratamiento en un factor que los iguala. Así, discriminar consiste en conferir un trato de inferioridad a quien se encuentra en la misma situación que aquél con el que se compara.

Argumenta que más que la discriminación en sí misma, es la arbitrariedad que ella contiene la que es repugnada por el derecho. Explica que la doctrina enseña que hoy un denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos, determinando que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario. Añade que la prohibición de diferenciar respecto de aspectos subjetivos de la persona constituye un límite a la función legislativa, ejecutiva y judicial, como asimismo a la autonomía privada.

A su turno, indica a fojas 10, la autodeterminación sexual, como bien jurídico protegido, ha tenido reconocimiento expreso en la legislación moderna. Cita el Código Penal alemán a dicho respecto, pero hace presente, no obstante no encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico este reconocimiento a la autodeterminación sexual como bien jurídico autónomo, que ello no implica que exista ausencia de reconocimiento.

Argumenta que la autonomía, entendida como libertad en el desarrollo del plan de vida, es el presupuesto de la admisibilidad de la autodeterminación sexual como consagración del derecho a la libertad previsto en el artículo 19 N°7 de la Constitución, pues la configuración de delitos sexuales tiene un correlato normativo, en los delitos contra la libertad.

De esta manera cuando se hace alusión a libertad, es referencia a libertad sexual, desprovista de consideraciones de moral social, sino dependiente de la autonomía del sujeto y de su interlocutor sexual. Añade que el constreñimiento para practicar o tolerar determinadas conductas sexuales no queridas es coacción, lo que es un atentado contra la libertad.

Agrega que, el tipo penal cuestionado no contiene un delito que atente contra la libertad; es un ilícito que, a diferencia de los otros delitos sexuales, no tiene coacción, pues no hay un constreñimiento a tolerar un ataque. Existe, por el contrario, una relación sexual.

Indica que la privacidad también debe considerarse analizando el conflicto constitucional. La autodeterminación sexual puede considerarse, también, como parte integrante del derecho previsto en el artículo 19 N° 4 de la Constitución. Especifica el requirente que el derecho a la vida privada, así como en derecho comparado se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende el derecho al desarrollo de un plan de vida autónomo sin intervención estatal. Lo que el sujeto considere como acto sexual es algo que va a depender de sí mismo y de su sola voluntad. Lo que el Estado considera, sin embargo, como conducta sexual



culturalmente aceptable, es algo que queda entregado a la moral social. El problema con esta consideración de qué es sexualmente admisible y qué no, es que se está sosteniendo que la configuración personal, individual de qué es el plan de vida de un sujeto, no tienen tanto peso específico como lo tiene el interés colectivo de mantener la vigencia de la expresión social sexual.

La tipificación de las prácticas homosexuales consentidas implica una afectación al derecho a la privacidad y a la intimidad. Mantener relaciones sexuales heterosexuales en la privacidad del hogar de manera consentida es algo universalmente legítimo y mantener relaciones sexuales en público es algo, en general, reprochado por el derecho. En ese sentido el tratamiento diferenciado de la privacidad lleva a concluir que la privacidad de unos vale más que la privacidad de otros.

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

Agrega que, en virtud del artículo 19 N° 26 de la Constitución, un derecho se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse. Por ello, indica, la aplicación del artículo 365 del Código Penal, en el caso concreto, constituye una afectación sustancial a la dignidad, la igualdad, la privacidad y la libertad, considerando las condiciones inherentes de una sociedad democrática.

Con dicho marco argumental respecto de las garantías fundamentales, el actor analiza la historia fidedigna de la disposición cuestionada. Señala que ésta fue introducida por la modificación de la Ley N° 19.617 en materia de delitos sexuales, en que se penalizaron las relaciones sexuales libres y consentidas entre dos hombres, cuando quien es accedido carnalmente es mayor de 14 y menor de 18 años, y quien accede es mayor de edad.

Este delito, en dichos términos, no es coherente con la sistemática del Código Penal, el que está estructurado para resguardar el derecho que se tiene a la abstención de participación de la interacción sexual, pero en general no regula qué ocurre con aquel que sí tiene voluntad de participar en la interacción sexual.

En el derecho penal contemporáneo, explica, los criterios culturales, sociales o morales prevalecientes en un momento determinado no pueden ser el único fundamento para incriminar determinadas conductas, menos aun cuando no existe una víctima afectada en algún bien jurídico, en cuanto supone más bien la participación voluntaria de dos o más sujetos capaces.

Por lo expuesto refiere que la aplicación del delito de sodomía en la gestión pendiente no sólo atenta contra derechos individuales referidos a la autodeterminación sexual, sino que, también, es un delito de persecución de una minoría, que, respecto del actor, señala, le sanciona por el ejercicio legítimo de su autodeterminación sexual.



Agrega que el legislador debe justificar el criterio para instaurar la igualdad relativa. Si ese es el argumento para tratar de manera diferenciada a las relaciones sexuales de parejas heterosexuales y homosexuales femeninas, por un lado, y de parejas homosexuales masculinas, por el otro, la respuesta que debe dar el legislador es respecto de cuál es el criterio que usó para hacer esa distinción. Y si no logra responder a eso, entonces la diferencia es arbitraria y, por consiguiente, inconstitucional.

Añade que el argumento de la igualdad relativa tampoco se sostiene debido al tratamiento diferenciado que se hace de los actos sexuales lésbicos y del acceso carnal del menor de edad a un mayor de edad, pues en ese caso no hay sodomía.

Por lo anterior es que se presenta una discriminación arbitraria. La diferencia de trato que hace el precepto legal impugnado, cuya aplicación solicita el Ministerio Público en el requerimiento presentado en su contra, no tiene otro criterio más que un criterio de género.

Agrega a lo anterior una segunda afectación a la privacidad por el proceso penal en sí. La presunta víctima del proceso ha debido y deberá revelar detalles íntimos de una relación sexual consentida, de algo que para él es natural y querido. El requirente, explica, ha debido y deberá contar detalles de su relación sexual que no deberían ser públicos porque son actos que pertenecen a la esfera privada; detalles que si hubiesen tenido lugar con una mujer no tendría que revelar.

Indica que el Estado atenta, a través del precepto, contra la autodeterminación sexual, pues está constriñendo a una persona a revelar hechos que para el resto de la población en esa misma situación no les son exigibles de hacer públicos.

Por lo indicado solicita sea acogido el requerimiento en todas sus partes y se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal en la gestión pendiente antes señalada.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala con fecha 17 de febrero de 2021, a fojas 43, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

Por resolución de 10 de marzo del mismo año, a fojas 64, fue declarado admisible, confiriéndose traslado a las demás partes de la gestión pendiente y a los órganos constitucionales interesados sobre el fondo del asunto, no evacuándose presentaciones.

A fojas 74, con fecha 5 de abril de 2021, fueron traídos los autos en relación.



Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 12 de agosto de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos del abogado Claudio Fierro Morales por la parte requirente, en representación de la Defensoría Penal Pública. Se adoptó acuerdo con fecha 23 de septiembre del mismo año, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, traídos los autos en relación y luego de verificarse la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, obteniéndose el resultado que a continuación se señala:

El Presidente del Tribunal, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, estuvieron por rechazar el requerimiento.

La Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por acoger la acción deducida a fojas 1.

SEGUNDO: Que, en esas condiciones se ha producido empate de votos, con lo cual, atendido el quorum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Constitución para acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y teniendo en cuenta, de la misma forma, que por mandato del literal g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el voto del Presidente de esta Magistratura no dirime un empate, como el ocurrido en el caso *sub-lite*, y, no habiéndose alcanzado la mayoría para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, éste deberá ser necesariamente desestimado.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,



SE RESUELVE:

- I. QUE, HABIÉNDOSE PRODUCIDO EMPATE DE VOTOS, NO SE HA OBTENIDO LA MAYORÍA EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, NUMERAL 6°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD REQUERIDA, POR LO CUAL SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

VOTO POR RECHAZAR

El Presidente del Tribunal, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, estuvieron por **rechazar** el requerimiento atendidas las siguientes razones:

1°. Que, se ha requerido la inaplicabilidad del artículo 365 del Código Penal, en el cual se tipifica el denominado delito de sodomía, por cuanto, a juicio de la parte requirente, su aplicación, en el caso concreto, resulta contraria a la dignidad, al derecho a la vida privada e intimidad, al principio de igualdad ante la ley, a la prohibición de discriminación arbitraria, a la libertad y al contenido esencial de los derechos, todos asegurados en la Constitución, sobre la base que “(...) *el legislador penaliza las relaciones libres y consentidas entre dos varones, cuando quien es accedido carnalmente es mayor de 14 años y menor de 18 años; y quien accede es mayor de aquella edad*” (fs. 13 de estos autos constitucionales), por lo que “[l]a aplicación del delito de sodomía en la presente causa no sólo atenta contra derechos individuales respecto a lo referido a autodeterminación sexual, este delito es, según los argumentos expuestos con anterioridad, un delito de persecución de una minoría, que en el caso de marras afecta a mi mandante, en cuanto le sanciona por el ejercicio legítimo de su autodeterminación sexual (...)” (fs. 17).

2°. Que, como se colige de lo expuesto, la alegación de inconstitucionalidad se sustenta en atribuir al legislador una determinada intencionalidad al tipificar la conducta contemplada en el artículo 365 del Código Penal, lo que, sin embargo, admite una comprensión del todo diversa, como ya lo ha sostenido esta Magistratura, a partir de la noción conforme a la cual esa norma, en lugar de ser concebida como una medida discriminatoria por orientación sexual, busca proteger -como señala el Título VII del Libro II del Código Penal- la integridad sexual de los hombres entre 14 y 18 años de edad, para “(...) *que el ejercicio de la sexualidad se realice en nuestra sociedad en todo momento en condiciones de libertad, con independencia de las concepciones globales sobre lo sexualmente correcto que se sostengan*” (José Luis Díez Ripollés: ““El Objeto de



Protección del Nuevo Derecho Penal Sexual”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, N° 6, 2000, p. 86).

3°. Que, por ello, para resolver la cuestión de constitucionalidad en los términos planteados por el requirente, conforme a la naturaleza y contenido del artículo 365 del Código Penal, es necesario situarlo en el contexto legislativo en que ese delito se encuentra previsto, teniendo presente que “[l]os delitos contra la libertad sexual han sido objeto de numerosísimas modificaciones en los últimos años, afán de innovación en que son superados sólo por los delitos contra la propiedad” (José Luis Guzmán Dálbora: “Evaluación y Racionalización de la Reforma de los Delitos contra la Libertad Sexual” *Revista de Ciencias Sociales* N° 68, 2016, p. 106).

4°. Que, así, la norma impugnada, como anticipábamos, se ubica dentro del Título VII del Libro II del Código Penal dedicado a los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y *contra la integridad sexual*, conforme a la denominación que le dio la Ley N° 19.927, desde 2004, habiendo sido objeto de modificaciones en 1972 y en 1999. Esta última, contenida en la Ley N° 19.617, con la finalidad de precisar que “(...) conforme se desprende de la historia fidedigna del precepto impugnado y de lo afirmado por la doctrina especializada, el tipo que contempla el artículo 365 del Código Penal tiene como objeto la protección de los menores de edad, de su bienestar físico y psicológico y de su indemnidad sexual” (c. 15°, Rol N° 1.683).

5°. Que, desde la perspectiva de estas tres finalidades, no resulta posible, entonces, aislar el delito contemplado en el artículo 365 para atribuirle -en abstracto- una intención discriminatoria, sino que es menester considerarlo en el contexto normativo tendiente al logro o realización de esos objetivos. Así y sin que la revisión pretenda ser exhaustiva, pueden mencionarse, en el plano estrictamente punitivo, el denominado delito de violación impropia, contenido en el artículo 362 del Código Penal, agregado también por la Ley N° 19.617, las conductas tipificadas en los artículos 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 374 bis -estos cuatro últimos, incorporados por la Ley N° 19.927, de 2004, en materia de delitos de pornografía infantil- y lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 19.846.

6°. Que, entre esos delitos, los que se encuentran tipificados en los artículos 366 quinquies, 367 ter y 374 bis consideran a mayores de catorce años y menores de dieciocho como sujetos pasivos de la conducta punible en ellos sancionada, amén de mencionarse también el párrafo 3 bis agregado por la Ley N° 21.013, sobre maltrato a menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad, de las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.594 que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades, la Ley N° 21.057 que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, la Ley N° 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales cometidos contra menores de edad y el artículo 56 de la Ley N° 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que



indica.

7°. Que, adicionalmente, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en virtud del cual *“[n]o podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”*.

8°. Que, siendo así, al contrario de lo sostenido en el requerimiento, no nos parece posible atribuir, sin más, la intencionalidad que se imputa al artículo 365 por parte del legislador, pues no constituye una tipificación única o aislada, susceptible de ser sustraída del resto de la preceptiva penal que busca proteger a los mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, especialmente, en el ámbito de lo que el Título VII denomina crímenes y delitos contra la integridad sexual, sin perjuicio de los reproches que la doctrina formula a aquella técnica legislativa, como, por ejemplo, aparecen en el artículo ya citado del profesor Guzmán Dálbora, por lo que, más bien, se sitúa en un contexto normativo que persigue mayor protección a los niños, niñas y adolescentes por medio de la legislación penal o a través de modificaciones en el ámbito procesal.

9°. Que, más aún, las finalidades ya mencionadas, tenidas en vista por el legislador al regular las disposiciones que hemos mencionado, resultan coherentes con lo dispuesto en la Constitución, precisamente -entre otros- con los preceptos que el requirente invoca para sustentar su acción de inaplicabilidad, así como con la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en su artículo 19 que impone a los Estados Partes el deber de adoptar *“(…) todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de las padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*.

10°. Que, así las cosas, el requerimiento, más que una impugnación concreta emanada de la gestión pendiente, trae a conocimiento de esta Magistratura una evaluación acerca de la intención que atribuye al legislador con la tipificación del delito contenido en el artículo 365 del Código Penal, sin que ello pueda ser objeto de una acción de inaplicabilidad, sin perjuicio de la competencia del Juez del Fondo para examinar si, en la especie, concurren los requisitos para subsumir la conducta llevada a cabo por el imputado en aquella descripción típica.

11°. Que, desde esta perspectiva, al examinar la gestión pendiente, no aparecen circunstancias que puedan llevarnos a sostener que la norma impugnada está siendo aplicada de manera tal que ella no se encuentre orientada hacia las finalidades que



hemos referido, sino simplemente a criminalizar determinada orientación sexual, de tal manera que, por esta vía, su aplicación pueda resultar contraria a la Constitución.

12°. Que, por lo mismo y entrando en el examen de las alegaciones de inconstitucionalidad contenidas en el requerimiento, tal y como ya ha sido resuelto por esta Magistratura, la aplicación del delito tipificado en el artículo 365 del Código Penal no resulta contraria a la dignidad humana, a que se refiere el artículo 1° inciso primero de la Constitución, desde que "(...) *revela la intención actual del legislador de proteger la indemnidad de un menor de edad varón, por el impacto que la conducta típica reviste en su desarrollo sicosocial (...)*" (c. 34, Rol N° 1.683), sin que consten antecedentes en la acción de inaplicabilidad intentada en estos autos que, en el caso concreto, justifiquen una apreciación distinta, en este caso.

13°. Que, tampoco se sostiene, en el caso concreto, la vulneración de la igualdad ante la ley, la que se hace consistir en que no serían igualmente punibles otras situaciones análogas, donde también se debería proteger la indemnidad sexual de niños y adolescentes, incurriéndose en discriminación. Empero, esta constatación no torna inconstitucional el artículo 365, sino que puede tornar cuestionable la omisión legislativa en que se incurre en aquellos casos, si es que son efectivamente análogas, pues la Constitución reconoce la dignidad y asegura la integridad física y psíquica a todas las personas, sean hombres o mujeres y, desde luego, cualquiera sea su orientación sexual.

14°. Que, desde esta perspectiva tampoco resulta plausible sostener la inaplicabilidad solicitada por el imputado en el resguardo de la autodeterminación sexual de la víctima, quien no ha comparecido en estos autos, desde que ésta se invoca por el imputado y no se ha sostenido, tampoco -hasta ahora, al menos- en la gestión pendiente, de tal manera que, en los hechos, lo que sí consta es que aparece utilizándose a una persona menor de dieciocho años para reafirmar una opción sexual personal, cualquiera que ésta sea, ya que, como se afirmó en la sentencia Rol N° 1.683, "*(...) en ese supuesto, la víctima -menor de edad- pasaría a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del mayor de edad, lo que repugna a la concepción constitucional de persona, coma sujeto esencialmente digno, consagrada en el inciso primero del artículo 1° de la Constitución*" (c. 33°).

15°. Que, no se divisa, entonces, a la luz del caso concreto, que el artículo 365 del Código Penal se emplee como un medio para reprimir la expresión de determinada orientación sexual, ya que no es la inclinación sexual del imputado o de la víctima lo que ha motivado la tipificación del delito de sodomía, sino la finalidad de proteger la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes, como también se busca a través de otras conductas sancionadas en materia penal, y de una legislación que, en este sentido, ha venido incrementándose en los últimos años, sin que esto lleve a quienes suscribimos este voto por rechazar la acción de inaplicabilidad a desconocer los reproches que la doctrina formula al respecto (Jaime Winter Etcheberry: *Delitos contra la Indemnidad Sexual*, Santiago, Ediciones DER, 2018, pp. 37-



38) o que, tanto en relación con el delito de sodomía como con otras materias vinculadas con la regulación de la conducta sexual de niños, niñas y adolescentes, se han venido realizando modificaciones en el Derecho Comparado, como ha sucedido, por ejemplo, con el cambio de precedente adoptado por la Suprema Corte de Estados Unidos, desde *Bowen vs. Hardwick*, en 1986, a *Lawrence vs. Texas*, en 2003, o con la modificación introducida al Código Penal en Alemania en 1994 y sin perjuicio, por otra parte, de “[l]a tendencia hacia el incremento de la edad de consentimiento sexual, favorecida también por la creciente inclinación a prolongar la infancia de los más jóvenes, se ha producido igualmente en el Derecho comparado (Islandia en 2007: de 14 a 15 años; Canadá en 2008: de 14 a 16 años; Croacia en 2013: de 14 a 15 años). Sin embargo, no existe un consenso internacional para establecer una edad concreta, de modo que los rangos de edad más habituales en las legislaciones comparadas fluctúan y se sitúan en los catorce (Italia, Portugal, Alemania, Austria), quince (Francia, Suecia, Rumanía, Grecia) y dieciséis años (Reino Unido, Suiza, Noruega), y, solo excepcionalmente, por debajo o por encima de tales edades: trece (Argentina), diecisiete (Irlanda) o dieciocho años (Malta).

La mayor parte de las reformas acaecidas en los últimos años en torno a los delitos sexuales cuya víctima es menor de edad han sido tributarias de los compromisos internacionales adquiridos por España, en los cuales se ha positivizado el consenso social en torno a la limitación de la libertad sexual del menor en aras de la protección de la indemnidad sexual (...)” (Miguel Ángel Boldova Pasamar: “La Relatividad Legal de la Edad de Consentimiento Sexual de los Menores de Dieciséis Años: Regla y Excepción”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2021, p. 8).

16°. Que, por ello, tampoco resulta plausible la alegada vulneración del derecho a la privacidad que no alcanza para cubrir la comisión de hechos que pueden resultar constitutivos de delitos (c. 39° y 40°, Rol N° 1.683), si así lo determina la investigación y el pronunciamiento del Juez del Fondo en el marco del debido proceso penal que se haya instruido en su caso.

17°. Que, en definitiva, el requerimiento contiene un reproche a la intención que se atribuye al legislador al tipificar la conducta sancionada en el artículo 365 del Código Penal, lo cual no es susceptible de impugnarse por medio de una acción de inaplicabilidad, menos si dicha intencionalidad aparece contradicha por el devenir del precepto legal cuestionado desde su origen hasta la reforma introducida por la Ley N° 19.617, tal y como ya lo ha resuelto esta Magistratura, y por el contexto legislativo que, en relación con la protección de personas con menos de dieciocho años, particularmente respecto de su integridad sexual, se ha venido llevando a cabo en los últimos años, en nuestro ordenamiento jurídico.

18°. Que, en definitiva y considerando el marco legal que hemos resumidamente descrito, dentro del cual se ubica el artículo 365 del Código Penal, objeto del requerimiento de inaplicabilidad de autos, no aparecen, a nuestro juicio, antecedentes suficientes en la gestión pendiente para verificar la vulneración de las normas constitucionales que allí se invocan, a raíz de la aplicación de aquel precepto



legal por el Juez del Fondo, pues no basta para ello atribuir una intencionalidad al legislador que no resulta consistente con las reformas de que ha sido objeto ese precepto legal ni con el desarrollo que, en estas materias, ha tenido nuestro ordenamiento jurídico, el cual prosigue, como puede constatarse con el proyecto de ley que especifica y refuerza las penas principales y accesorias y modifica las penas de inhabilitación contempladas en los incisos segundo y final del artículo 372 del Código Penal (Boletín N° 12208-07), sin que la decisión de inaplicar pueda sustituir, lo que debe surgir de una distinta determinación legislativa, tal y como lo resolvió, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Austria, en octubre de 1989 (G227/88, G2/89).

VOTOS POR ACOGER

La Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y NELSON POZO SILVA, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por acoger el requerimiento en razón de las siguientes consideraciones:

I. ARISTAS DEL CASO CONCRETO Y CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

1°. El requirente Héctor Eduardo Pino Pino ha presentado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 365 del Código Penal a objeto de que se sustraiga del proceso penal seguido en su contra el delito que contempla dicha disposición, el que se tramita ante el Juzgado de Letras y Garantía con competencia en Familia de Cabrero, encontrándose pendiente audiencia de procedimiento abreviado o salida alternativa.

2°. En esta acción se alega que el precepto impugnado vulnera la dignidad, el derecho a la vida privada e intimidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria y la libertad.

En cuanto a la dignidad, valor a que alude el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental, el requirente señala que su respeto conlleva *“no solo es reconocer la calidad inherente a toda persona de “ser humano digno”, sino que implica reconocer a todas las personas en qué consiste el ejercicio de esa dignidad y eso es algo que tiene un correlato en todos los ámbitos de la vida: educación, trabajo, familia y, ciertamente, en el ejercicio de la sexualidad”*. (fs. 4)

En relación a la privacidad e intimidad, asegurados en el art. 19 N° 4 constitucional, el requirente manifiesta que *“La tipificación de las prácticas homosexuales consentidas, implica necesariamente una afectación al derecho a la privacidad, a la intimidad. Mantener relaciones sexuales heterosexuales en la privacidad del hogar de manera consentida*



es algo universalmente legítimo, mantener relaciones sexuales en público es algo –en general– reprochado por el Derecho. En ese sentido el tratamiento diferenciado de la privacidad lleva a concluir que la privacidad de unos vale más que la privacidad de otros” (fs. 11) Agregando que “La punibilidad de la sodomía no sólo afecta la libertad sexual en términos de prohibición de participación libre de la interacción sexual, sino que afecta el derecho a la intimidad” (fs. 12).

En cuanto al principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, precisa el requirente que el legislador ha establecido una diferencia carente de presupuestos razonables y objetivos existe un tratamiento diferenciado que se hace de los actos sexuales lésbicos y del acceso carnal del hombre que tiene menos de 18 años a un mayor de edad, pues en ese caso no hay sodomía. Además, aduce que *“el requerimiento presentado en contra de mi mandante, no tiene otro criterio más que un criterio de género. Resulta socialmente más reprochable la homosexualidad masculina que la homosexualidad femenina, y más específicamente la homosexualidad activa que pasiva” (fs. 19)*

Por otra parte, se alega que, en el caso de la sodomía, a diferencia de otros delitos sexuales, no hay coacción, de modo que *“La afectación en materia de libertad, viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de aquél que quiere tener una vida sexual plena” (fs. 10).*

II. EL DELITO

3°. Lo primero que debemos examinar es el contenido del precepto cuya aplicación se impugna. El precepto en cuestión señala: *“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.”*

4°. Los elementos del delito son, en primer lugar, un sujeto activo. Este debe ser de sexo masculino. En segundo lugar, un interviniente pasivo, que sólo puede ser un sujeto de su mismo sexo mayor de 14 y menor de 18 años. En tercer lugar, la conducta objeto de sanción consiste en acceder carnalmente a otro - por vía anal o bucal, conforme a lo planteado por algunos autores (por ejemplo, BULLEMORE, VIVIAN, Y JOHN MACKINNON, Curso de Derecho Penal. Parte especial. Ed. Legal Publishing, 2ª ed. 2007, p. 167), o bien sólo por vía anal conforme a lo planteado por otros (por ejemplo, RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, Delitos sexuales, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 2000, p. 252)-. No requiere esta penetración ser completa; basta que haya ingresado en el interior del cuerpo ajeno. Tampoco se requiere eyaculación, basta el acceso. Finalmente, este delito supone siempre y en toda circunstancia la concurrencia del consentimiento libre de la víctima, quien está en pleno uso de sus facultades mentales, sin presión, sin desvalimiento, sin posición de dependencia, ni engaño, ni coacción de ninguna clase y sin mediar dinero.



5°. Es importante considerar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las personas mayores de 14 y menores de 18 años el derecho a tener relaciones sexuales consentidas con personas de igual o mayor edad. La Ley N° 19.617 elevó la edad para ejercer responsablemente la libertad o autodeterminación sexual de 12 a 14 años, justamente para proteger a quienes se encuentran en ese rango de edad, luego de algunos casos de pedofilia. Coincidentemente con lo anterior, la Ley N° 20.084 (artículo 3°) determinó también en 14 años el umbral de la responsabilidad penal de los adolescentes, estableciendo una regla especial para las causas por delitos sexuales en que concurren adolescentes con una escasa diferencia de edad (artículo 4°).

6°. En contraste con el resto del ordenamiento jurídico, el artículo 365 del Código Penal en cuestión establece la protección de los hombres menores de 18 y mayores de 14 años, para un determinado tipo de conducta sexual, al no reconocerles la posibilidad de consentir el acceso carnal en su cuerpo por parte de una persona mayor del mismo sexo.

7°. Por otra parte, es importante subrayar que, en lo que se refiere al sujeto activo de esta conducta, únicamente pueden cometer este delito los hombres que accedan carnalmente a un hombre con menos de 18 años y mayor de 14 años.

Se encuentran, en consecuencia, excluidas de la hipótesis comisiva las mujeres en cuanto sujetos activos. Tal conclusión se desprende, en primer lugar, del sentido del artículo 365 del Código Penal, toda vez que exige expresamente el "acceso carnal". Ello ha sido corroborado por la doctrina nacional mayoritaria (RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: Delitos sexuales, Op. cit., pp. 249 y ss.; BULLEMORE, VIVIAN, Y JOHN MACKINNON: Curso de Derecho Penal. Parte especial. Op. cit., pp. 166 y ss.; AGUILAR ARANELA, CRISTIAN: Manual de delitos sexuales, Ed. Metropolitana, 2006, pp. 113 y ss). En segundo lugar, se confirma por la historia de la norma. El tipo contenido en el artículo 365 vino a reemplazar a la penalización de la sodomía consentida entre adultos, delito que siempre se concibió cometido sólo entre hombres. En efecto, el actual artículo 365 fue introducido en el Código Penal por la Ley N° 19.617, que derogó la figura de la sodomía entre hombres adultos, dejando subsistente la figura penal que se contiene en la norma actual.

8°. Únicamente se sanciona dicha conducta cuando el sujeto pasivo de la misma es un hombre púber, es decir, del mismo sexo del hechor. Idéntica conducta es atípica respecto de una relación heterosexual análoga, es decir, habiendo acceso carnal por parte de un hombre a una joven menor de 18 y mayor de 14 años.

9°. En conclusión, el delito previsto y sancionado en el artículo 365 del Código Penal únicamente puede ser cometido por un hombre al penetrar a otro hombre mayor de 14 años y menor de 18, quien consiente libremente en ello. En cambio, no es punible, en primer lugar, que un hombre acceda carnalmente a una mujer mayor de 14 y menor de 18 años. En segundo lugar, tampoco es punible si quien realiza el acceso carnal es la persona con menos de 18 años respecto de un mayor de edad. En tercer lugar, tampoco es punible la conducta homosexual entre adultos. En cuarto lugar, no



se castiga la conducta homosexual entre mujeres, cualquiera sea la edad o la acción sexual que éstas ejecuten. Por último, tampoco se sanciona al hombre o la mujer que introduce en el ano o en la boca de un hombre o mujer mayor de 14 y menor de 18 años un objeto similar a un pene.

10°. Como se observa, el precepto legal en análisis castiga un determinado comportamiento sexual que, practicado entre otros sujetos, o con un grado de intervención diferente, no es penado. Ello, como se dirá más adelante, es la base de la discriminación arbitraria que se argumentará para sostener la inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal.

III. LAS SENTENCIAS SOBRE HOMOSEXUALIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11°. Esta Magistratura ha tenido la oportunidad de analizar diversas impugnaciones que afectan a las personas homosexuales. Para una adecuada resolución del presente caso, es importante considerar lo que allí se ha resuelto.

1. STC Roles Nos. 1683-10 y 3205-16

12°. Tanto en la causa Rol N° 1683-10 como en la Rol N° 3205-16 se cuestionó la misma norma que ahora se impugna y ambos requerimientos fueron rechazados.

En ambas la sentencia se apoyó en tres argumentos. En primer lugar, sostuvieron que el precepto en cuestión no afectaría la igualdad ante la ley pues la norma respondería a una opción de política legislativa legítima, cual es la protección de la integridad física y psíquica de las personas que tienen menos de 18 años, agregando que ello no resulta discriminatorio. En segundo lugar, señalaron que no se afecta el derecho a la intimidad, pues la Constitución admite limitar la vida privada en pos de la protección de un bien superior como lo sería en este caso la protección de niños, niñas y adolescentes. En tercer lugar, sostienen que no se afectaría la libertad personal, pues el artículo 19 N°7 de la Constitución únicamente reconocería la libertad ambulatoria.

2. STC Roles Nos. 1681-10 y 7774-19

13°. En la causa Rol N° 1681-10 se cuestionó el artículo 102 del Código Civil, que, previo a la modificación de la Ley N° 21.400, sólo permitía el matrimonio entre un hombre y una mujer. El requerimiento de inaplicabilidad se rechazó por empate de votos. Cuatro de sus Ministros estuvieron por elaborar una prevención, en la que sostuvieron que la Constitución no reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio. Asimismo, que la Constitución no define el modelo de familia. La sexualidad, agregó, forma parte de la vida privada de las personas y todas ellas tienen derecho a establecer relaciones con terceros respetando su libertad y madurez



psicológica. Corresponde al Congreso, agregó, y no a esta Magistratura, dictar las normas legales correspondientes que definan entre quiénes debe celebrarse válidamente el matrimonio.

Asimismo, en el requerimiento de inaplicabilidad de la causa Rol N° 7774 se plantea el tema del matrimonio igualitario a propósito de uno celebrado válidamente entre dos mujeres en el extranjero y que se impide su inscripción como tal en Chile, sino únicamente como unión civil. El Tribunal lo rechazó por empate de votos. El rechazo se fundó en un conjunto específico de consideraciones y, en razón de la igualdad, estimó que no puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto.

3. STC Roles Nos. 2681-14 y 8851-20

14°. En la causa Rol N° 2681 se cuestionó una causal del divorcio culpable contenida en el artículo 54 N° 4 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, consistente en que uno de los cónyuges despliega una conducta homosexual, la que fuera derogada por la Ley N° 21.367. El requerimiento fue rechazado por empate de votos. Sin embargo, cuatro Ministros estuvieron por acoger el requerimiento. Consideraron que había una discriminación arbitraria en esa causal, porque no se atentaba contra la exclusividad en el matrimonio; no se refería al adulterio ni a la fidelidad. Para estos Ministros, la expresión "conducta homosexual" no exige actos externos y sanciona la orientación sexual. Por la mera conducta homosexual, sin calificación alguna, se permite configurar la causal de divorcio culpable.

Sin embargo, más adelante y en relación al mismo precepto, en la causa Rol N° 8851, recogiendo la doctrina expresada en el voto disidente de la sentencia anterior, por mayoría de votos el Tribunal acogió el requerimiento declarando la inaplicabilidad de la citada causal de divorcio culposo, considerando así que el mantenimiento de ella generaba una minusvaloración para la dignidad humana de las personas homosexuales, afectándose condiciones esenciales respecto de los cuales no cabe diferenciar a las personas.

4. STC Rol N° 7670-19

15°. Por último cabe destacar, en materia de identidad de género, el requerimiento de la causa Rol N° 7670-19 en contra de una norma de la Ley N° 17.344, en una causa voluntaria sobre rectificación de partida de nacimiento que impide a una persona solicitar cambiar sus nombres o apellido por más de una vez lo cual impedía modificar el nombre masculino a uno femenino para ajustarlo a su identidad sexual.



Si bien en este caso el Tribunal rechazó el requerimiento porque en el tiempo intermedio entró en vigencia una nueva Ley (N° 21.120) que reconoció y otorgó la protección debida al derecho a la identidad de género incluyendo el cambio de nombre y la mantención de nombres sociales, argumentó reconociendo el derecho a la identidad de género como un derecho implícitamente asegurado por la Constitución.

IV. SENTENCIAS DEL DERECHO COMPARADO

16°. Por otra parte, también existen sentencias del derecho comparado que son interesantes de considerar al momento de resolver este caso. Su examen permite concluir que, hoy en día, la penalización de la sodomía consentida, por regla general, ha sido declarada inconstitucional en diversos países del mundo del mismo modo que las reglas que establecen edades diferenciadas de consentimiento respecto de relaciones sexuales entre personas del mismo sexo. En efecto, considerando la dificultad para sostener que por la vía del comportamiento prohibido por la norma se afecte bien jurídico alguno, en el derecho occidental comparado la tendencia abrumadoramente mayoritaria ha sido la de despenalizar la sodomía (TOBAR SALA, Juan Carlos (1999), *Violencia sexual: análisis de la nueva ley*, Pehuén, p. 65).

17°. A modo ejemplar señalaremos algunos casos: en 1998 la Corte Constitucional de Sudáfrica resolvió que las leyes que penalizaban la sodomía eran discriminatorias y por lo mismo inconstitucionales (*National Coalition of Gay & Lesbian Equality and other v. Minister of Justice*, CTT11/98).

Asimismo, en el año 2002, en Austria, el Tribunal Constitucional de dicho país declaró inconstitucional la disposición legal que penalizaba -norma muy similar al precepto cuya aplicación se cuestiona en autos- la relación sexual consentida entre un hombre mayor de edad y un hombre con menos de 18 y mayor de 14 años. De la misma forma, en 2003, en Estados Unidos se señaló que el hecho de que la opinión mayoritaria en un Estado haya tradicionalmente visto una conducta particular como inmoral no es razón suficiente para emitir una ley prohibiendo tal práctica, señalando que la punibilidad de la sodomía consentida atenta contra la intimidad de las personas y el derecho a la igualdad, en la medida que se clasifica a un grupo de la población como delincuentes en razón de su orientación sexual (LAWRENCE v. TEXAS, 539 U.S. 558) (2003). Tales razones llevaron a que dos años más tarde, en el mismo país, la Corte Suprema del Estado de Kansas declarara inconstitucional la norma que establecía una edad diferenciada de consentimiento respecto de relaciones entre personas de distinto e igual sexo, en la regla popularmente denominada "Romeo y Julieta" conforme a la cual se rebaja la penalidad o bien se elimina la punibilidad de la relación sexual si la diferencia de edad entre los intervinientes es inferior a 2 o 3 años. Dicha Corte señaló que no existe ninguna base racional para determinar que las personas que mantienen relaciones sexuales con personas del mismo sexo tienden a ser más coercitivas, sobre



lo cual no hay ninguna base de apoyo fáctico (SUPREME COURT OF THE STATE OF KANSAS, N° 85,898 STATE OF KANSAS V. MATTHEW R. LIMON (2005))

Lo mismo sucedió en 2009, en India, cuando el Tribunal Superior de dicho país resolvió que la penalización de la conducta homosexual es ilegítima y provoca, además, el aislamiento de los homosexuales y les impide el acceso a información adecuada sobre la prevención del VIH/SIDA. Dicho Tribunal citó también la Observación General N° 14, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su definición del derecho a la salud, la cual incluye el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluyendo la libertad sexual reproductiva (Naz Foundation c./ Gobierno de NCT de Nueva Delhi y Otros, WP(C) N° 7455/2001).

V. LAS APERTURAS DEL LEGISLADOR HACIA LAS PERSONAS HOMOSEXUALES

18°. Que, por otra parte, es necesario considerar una serie de aperturas que ha tenido en nuestro país el legislador democrático hacia las personas homosexuales.

1. La Ley de no discriminación

19°. En primer lugar, el año 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.609. La Ley de No discriminación, conocida como Ley Zamudio, establece que existe una discriminación arbitraria cuando hay una distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cauce privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Se considera que carece de justificación razonable las distinciones que se funden, entre otros criterios, en el sexo, la orientación sexual o la identidad de género. Tal discriminación permite al afectado, por la acción u omisión, interponer una acción ante los tribunales a fin de que el tribunal deje sin efecto el acto discriminatorio. La ley establece que son criterios justificados aquellos que se funden en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental que establece. Estos derechos son los establecidos en los artículos 19 N°s 4, 6, 11, 12, 15, 16 y 21.

2. Ley del Acuerdo de Unión Civil

20°. Por medio de la Ley N° 20.830, del año 2005, se permitió el acuerdo de unión civil. Este es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Dichos contrayentes se denominan convivientes civiles y pueden celebrar este contrato todas las personas. Las únicas excepciones son, por una parte, los que se encuentren ligados por un vínculo



matrimonial no resuelto o un acuerdo de unión civil vigente y, por la otra, no pueden celebrarlo entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Pueden celebrarlo, entonces, las personas del mismo sexo.

3. Ley que suprime la causal de conducta homosexual en el divorcio por culpa

21°. Luego de la citada sentencia de este Tribunal que acogiera un requerimiento de inaplicabilidad recaído en la causal de divorcio culposo por conducta homosexual de uno de uno de los cónyuges, mediante la Ley N° 21.367, publicada el 16 de agosto de 2021, se modificó la Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil, eliminando dicha causal.

4. Ley que autoriza el matrimonio igualitario

22°. A partir del año 2001 los Países Bajos se convirtieron en el primer país en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Luego siguieron trece países en Europa: Bélgica (2003), España (2005), Noruega (2008), Suecia (2009), Islandia (2010), Portugal (2010), Dinamarca (2012), Francia (2013), Inglaterra y Gales (2014), Escocia (2014), Finlandia (2014), Luxemburgo e Irlanda (2015), Alemania (2017). En América del Norte, Canadá lo reconoció el 2005, Estados Unidos el 2015, México el año 2015. En Sudamérica, Argentina (2010), Uruguay (2013), Brasil (2013), Colombia (2016), Ecuador (2019). En otros continentes, lo ha hecho Sudáfrica (2006) y Nueva Zelanda (2013). En varios de estos casos fueron los tribunales los que permitieron este matrimonio. Así sucedió en Sudáfrica (2006), en Brasil (2013), en Estados Unidos (2015). En los otros casos se hizo por la vía del legislador.

Por nuestra parte, recientemente y luego de cuatro años de tramitación en el Congreso Nacional del proyecto de ley presentado por la Presidenta Michelle Bachelet y concluido durante el mandato del Presidente Sebastián Piñera, con fecha de 10 de diciembre de 2021 fue publicada la Ley N° 21.400, la cual, modificando diversos cuerpos legales, reguló, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo. Entre las diversas reglas incorporadas al Código Civil se encuentran aquellas que modifican ciertas expresiones utilizadas por la legislación para emplear un lenguaje que abarque ahora a todos quienes contraigan matrimonio y tengan la calidad de progenitores, con el fin de igualarlos cualquiera sea el sexo que posean. Así, conforme al inciso final del artículo 31 de ese cuerpo legal, *“Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones marido y mujer, marido o mujer, se entenderán aplicables a todos los cónyuges, sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género”*, disponiendo el artículo 34 que *“[l]os padres y las madres de una persona son sus progenitores, respecto de los cuales se ha determinado una relación de filiación. Se entenderán como tales a su madre y/o padre, sus dos madres, o sus dos padres. Las leyes u otras disposiciones que hagan referencia a las expresiones padre y madre, o bien, padre o madre,*



u otras semejantes, se entenderán aplicables a todos los progenitores, sin distinción de sexo, identidad de género u orientación sexual, salvo que por el contexto o por disposición expresa se deba entender lo contrario".

VI. CRITERIOS INTERPRETATIVOS

1. Homosexuales y heterosexuales son personas

23°. Los heterosexuales y los homosexuales son personas. Como tales son sujetos de derechos. Ellos son, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana. Nada hay en el lenguaje de la Constitución que permita considerar a los homosexuales en una situación de inferioridad respecto de los heterosexuales. Como ha dicho esta Magistratura, al analizar la expresión "las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos": *"efectivamente, esta expresión apunta a resaltar el hecho que esta condición no se hereda. Las personas por ese solo hecho, y a partir de ahí, adquieren originaria y gratuitamente esa condición, sin que se necesite más. Automáticamente, por el nacimiento, sin que se requiera acto, contrato, registro o reconocimiento. También esta condición no se pierde. No es temporal, por un tiempo. Se tiene para siempre. De ahí que no se suspenda ni se prive, ni se cancele, ni se pueda renunciar a ella. Pasa a ser inherente. Además, esta condición la tienen todas las personas. No hay ser humano o grupo de estos, privilegiados que tengan esta condición, y otros no. La tienen los hombres y las mujeres, cualquiera sea su orientación sexual o su identidad de género, los niños, los jóvenes, los adultos, los creyentes y no creyentes, los casados y los solteros, los que pertenezcan o no a etnias originarias, los que tengan alguna enfermedad o alguna discapacidad, los chilenos y los extranjeros. Al tenerla todos, es oponible también a todos "*

2. Efecto del principio democrático en materia penal

24°. En segundo lugar, cabe tener presente que, conforme al principio democrático, el legislador es libre para determinar razonablemente los requisitos para castigar una conducta. Por ejemplo, los rangos de edad conforme a los cuales configura la punibilidad de determinadas conductas. Así, es perfectamente válido que se establezcan dentro de las condiciones de punibilidad determinados rangos de edad de los sujetos involucrados. Ello explica la diferencia entre los delitos de violación, en el artículo 361 del Código Penal, y de estupro, en el artículo 363; y entre los delitos de violación, en el artículo 361 del Código Penal, y la violación "impropia" del artículo 362.

25°. Sin embargo, cuando el legislador determina el ámbito de lo punible y establece qué conductas son delitos según rangos de edad y que edades se instituyen como límite de punibilidad, debe hacerlo al amparo de la Constitución, como lo establecen su artículo 6º y los preceptos que consagran el control de constitucionalidad



de las leyes. Es decir, el legislador, al restringir derechos por medio del Derecho Penal, no puede establecer diferencias arbitrarias fundadas exclusivamente, por ejemplo, en el sexo u orientación sexual de las personas. El Derecho Penal tiene límites al momento de definir delitos que involucren la esfera sexual — por definición íntima — de las personas.

26°. Las normas penales, por lo demás, deben someterse a un test más estricto de proporcionalidad, por la intensidad de la afectación que las mismas provocan. El Derecho Penal es la herramienta más invasiva de control del Estado y la más intensa en afectación de derechos y libertades; por lo mismo requiere un mayor cuidado en su configuración y el control constitucional a que se somete debe ser estricto.

En este sentido, la doctrina ha acusado la existencia de una discriminación arbitraria desde hace varios años. Así, para Luis Rodríguez, el precepto "*introduce un factor de discriminación entre hombres y mujeres y deja abierta la posibilidad para interpretar este delito como una forma de sancionar el simple ejercicio de la homosexualidad masculina y no el sentido de corrupción que la norma penal le confiere*" (RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS: Delitos sexuales, Op, cit., pp. 249 y ss). En el mismo sentido, para Bullemore y Mackinnon, este precepto constituye derechamente "una discriminación arbitraria" (BULLEMORE, VIVIAN, Y MACKINNON, JOVEN: Curso de Derecho Penal. Parte especial. Op. cit., pp. z66 y ss.). Aun otros autores han sostenido que el delito en cuestión "*corresponde a un atavismo cultural que, si ha de estimarse válido como protección del menor, no se comprende por qué sólo protege a los menores varones y no a las menores mujeres*" (POLITOFF, SERGIO, JEAN PIERRE MATUS Y MARÍA CECILIA RAMÍREZ: Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica, 2004, pp. 270-271)

3. Existencia de categorías sospechosas

27°. En tercer lugar, al momento de establecer diferencias en la ley es necesario tener en consideración las denominadas "categorías sospechosas". Ellas obligan a un análisis más riguroso y exigente del principio de igualdad, pues su presencia invierte la presunción de constitucionalidad de que en virtud del principio de deferencia al legislador goza todo precepto legal, ya que pueden afectar a grupos minoritarios especialmente vulnerables a un trato discriminatorio. Ello implica que la discriminación por sexo, una categoría paradigmáticamente sospechosa, debe pasar un escrutinio estricto. Al respecto, se ha señalado: "*Es necesario precisar la existencia de un núcleo duro de la igualdad establecida en el derecho internacional de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24°; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1°), como son el de que la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política, siendo las diferencias realizadas por el legislador basadas en tales situaciones, en principio, ilegítimas. Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que*



determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario" (NOGUEIRA, HUMBERTO: Derechos fundamentales y garantías constitucionales, T. II, Librotecnia, Santiago, 2010, p. 223).

28°. Así lo manifestó además la Corte Interamericana de Derechos Humanos al propio Estado Chileno al señalar que *"Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio"* (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 124), agregando la *"necesidad de aplicar un escrutinio mayor cuando la decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales"* (párr. 127)

29°. Por su parte, Rey Martínez, al analizar tales criterios en la Constitución española, afirma que *"cuando estamos en presencia del criterio de la raza, de la opinión, del sexo, etc., la igualdad se transforma en prohibición de discriminación. Cuando es otro criterio distinto de los enumerados en el art. 14 CE (o de los que, sin estar tipificados en él, el Tribunal Constitucional vaya distinguiendo como desigualdades tan socialmente divisivas que pasa a considerar discriminatorias en sentido estricto), la igualdad exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato."* (REY MARTÍNEZ, FERNANDO: El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, McGraw Hill, Madrid, 1995, p. 59). La excepción a lo anterior está constituida por la llamada "discriminación positiva", que la ley puede establecer a favor del más débil, incluso en materia penal.

30°. Nuestro sistema jurídico acepta esta postura. Así lo establece la Constitución en su artículo 1° y en el enunciado del artículo 19, lo cual se refuerza por el N° 2° de dicho artículo, al señalar que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Asimismo, el Código Civil, al definir que debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2°) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente. Por lo demás, este Tribunal ha sostenido que es una categoría hostil a la igualdad ante la ley el "propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas" (STC 968/2008; 1414/2010);

4. Principio pro-libertate

31°. En cuarto lugar, no debe escapar al intérprete que el presente caso implica examinar la sexualidad humana. La sexualidad es inherente al ser humano. La relación sexual es una de las manifestaciones propias de la sexualidad. De ahí que ésta pueda considerarse como elemento necesario del desarrollo de toda persona en condiciones dignas. La Constitución así lo establece, por una parte, al reconocer la



"integridad física y síquica de la persona" (artículo 19 N° 1) y, por la otra, al mandar que en la sociedad las personas deben lograr "su mayor realización espiritual y material posible" (artículo 1°, inciso cuarto) y al reconocer que todas las personas, al nacer libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1°, inciso primero), tienen garantizada la expresión de su sexualidad.

32°. Además, la Constitución chilena no prejuzga sobre la orientación sexual de los ciudadanos ni sobre las prácticas sexuales que, libremente, éstos estimen conveniente efectuar en su vida privada. La sexualidad constituye el núcleo más íntimo del ser humano. Tener o no relaciones sexuales, con quién, de qué forma, el lugar y las razones, no es algo que interese a terceros mientras no se vulnere el derecho de nadie ni medien vínculos consanguíneos. La Constitución no coarta las manifestaciones plenas de la sexualidad que no impliquen abuso, engaño, coerción o daño.

33°. No puede esta Magistratura, como ninguna otra del Estado, restringir o lesionar los derechos y libertades asociados a la sexualidad por la vía de afirmar determinados criterios culturales sobre aquello que se considera "aceptable". Cuando el legislador decide regular estas conductas, debe hacerlo con extrema prudencia y tino para no contradecir los valores que pretende resguardar.

5. La Constitución como norma abierta

34°. En quinto lugar, la Constitución es una norma abierta y respetuosa de las opciones éticas de la sociedad. En este sentido, en voto disidente en la sentencia Rol N° 740, se indicó: "*Las constituciones deben ser entendidas hoy como normas abiertas, lo que, en el sentido que nos convoca en esta sentencia, permite la diversidad cultural, de creencias y de expresión. En dichas normas el principio rector es la libertad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, resultando ajeno al régimen constitucional entonces toda creencia o doctrina que busque la imposición de su pensamiento o valores de forma excluyente respecto de las otras.*"

35°. Una comunidad no puede volver irrelevantes las convicciones personales de sus integrantes. El pluralismo exigido en una sociedad democrática no tiene que ver únicamente con ideas, partidos políticos o movimientos, sino también con la forma en que las personas ejercen su integridad física y síquica, incluida su sexualidad. Negar la tolerancia frente a orientaciones sexuales determinadas equivale a negar derechos que son esenciales en una democracia. En este sentido, la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2000, en su Artículo 9°, señala que la eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia contribuye al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana. Por otra parte, los integrantes de los órganos del Estado no pueden utilizar sus prerrogativas para imponer sus propias convicciones. Ello va contra del deber del Estado de lograr la mayor "realización espiritual y material posible". Lo que decimos



se ha expresado claramente a través de la voluntad democrática expresada por nuestros poderes colegisladores al reconocer el matrimonio igualitario en Chile.

6. Las personas con menos de dieciochos años de edad como sujetos de derechos

36°. En sexto lugar, la protección de los niños, niñas y adolescentes, que constituye uno de los fines declarados del precepto según sus autores, es un bien jurídico que debe apreciarse en conjunción con el respeto de sus derechos fundamentales, conforme lo prescribe la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, a la cual ha adherido Chile.

En la actualidad, los niños, niñas y adolescentes ya no son considerados como simples objetos de protección sino como personas titulares de derechos que deben ser respetados y promovidos. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, los mayores de 14 y menores de 18 años pueden ser sujetos de responsabilidad penal (artículo 3°, Ley N° 20.284), pueden contraer matrimonio libremente a partir de los 16 años (artículo 5°, Ley N° 19.947), pueden ser sujetos de responsabilidad civil extracontractual (artículo 2319 del Código Civil), pueden celebrar actos extramatrimoniales (por ejemplo, el reconocer hijos), pueden celebrar actos y contratos, sujetos a autorización o ratificación posterior (artículos 1447, inciso segundo y 1693 del Código Civil); también pueden, bajo ciertos supuestos, abortar (Ley N° 21.030) Al púber, al igual que las personas adultas, se le reconoce, entre otros derechos, el de autonomía o libertad sexual como emanación de su integridad física y psíquica, aunque esté en formación. Por tanto, el legislador penal debe tener en cuenta que no puede buscar su protección vulnerando o restringiendo severamente sus derechos y libertades.

37°. Este nuevo enfoque en la protección de las personas de menos de dieciochos años es reforzado por los hallazgos de la psicología evolutiva que permiten sostener, como orientación general, que por encima de los 14 años la presunción inicial debe ser la de la capacidad para decidir, precisamente, por sus capacidades cognitivas (RUEDA CASTRO, LAURA: Consentimiento informado en niños y adolescentes, ARS MEDICA, N° 16, 2008, pp. 28 y 29). Considerar a los mayores de 14 años incapaces de prestar consentimiento válido y, por ende, intangibles sexualmente, implica no reconocerlos como sujetos de derechos según la Constitución y la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas.

38°. En efecto, es deber del Estado, conforme al artículo 3.2 de dicha Convención, asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley. Sin embargo, la misma Convención prescribe que tal protección debe procurar no ser discriminatoria u operar como una injerencia arbitraria en su vida privada. Conforme a su artículo 2.1, el Estado debe respetar sus derechos y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción



alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. Asimismo, conforme al artículo 16, el Estado debe asegurar que ningún niño sea objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada.

39°. Sobre este punto, diversas entidades internacionales a las cuales se encuentra adscrito Chile, han manifestado similares aprensiones a las sostenidas en esta sentencia.

El Comité de la Organización de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, en su Observación General N° 4, 30° periodo de sesiones, del año 2003, declaró: "Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que todos los seres humanos menores de 28 años disfruten de todos los derechos enunciados en la Convención sin discriminación (art. 2), incluso en lo relativo a la "raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo opinión, nacional o social, origen étnico, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición". Deben añadirse también respecto de adolescentes la "orientación sexual y el estado de salud (incluyendo VIH/SIDA y la salud mental)".".

El mismo Comité, en su Observación General formulada a Chile, en abril de 2007, al respecto señaló:

"29. (...) Preocupa al Comité que las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de 18 años de edad, se sigan penalizando, lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual.

20. El Comité recomienda que el Estado Parte intensifique sus esfuerzos para examinar, supervisar y hacer cumplir la legislación que garantice el principio de no discriminación y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la Convención, y que adopte una estrategia proactiva e integral para eliminar la discriminación por motivos de género, étnicos, religiosos o por cualquier otro motivo, y contra todos los grupos vulnerables en todo el país."

40°. En consecuencia, no es posible justificar la norma en cuestión basándose en la protección de las personas con menos de 18 años. Por un lado, porque -como ya se ha señalado- los hombres menores de esa edad supuestamente protegidos por la norma, esto es, los mayores de 14, años y menores de 18 años, son sujetos capaces para desenvolverse en diversas áreas de la vida, inclusive el ámbito sexual. Por otro lado, porque su protección mediante el sometimiento a un proceso penal no es una vía idónea para garantizar su integridad sexual ni psíquica, ni para que desarrollen una sexualidad responsable. Existen numerosos otros medios menos lesivos que el Derecho Penal para dicho fin. Como es sabido, ser participe en un proceso penal, aun sin ser el imputado, puede resultar agresivo y perjudicial a los intereses del niño o adolescente.

El argumento de la protección del niño o adolescente no puede ser ciego a eventuales infracciones al principio de igualdad y no discriminación, como tampoco



a eventuales injerencias indebidas en su esfera íntima, desconociendo su libertad para ir determinando su proyecto de vida.

Enseguida, el precepto en cuestión fue introducido por la Ley N° 19.617. De acuerdo a su historia fidedigna, la norma en cuestión fue entendida como una solución de compromiso para lograr la despenalización de la sodomía entre adultos y como una señal destinada a precaver una expansión de la homosexualidad, como sostuvieron algunos parlamentarios (véase el Informe de la Comisión Mixta, Boletín N° 1048-07).

41°. Por otra parte, la norma no busca proteger a los niños y adolescentes de abuso ni de coacción por parte de los adultos, pues para ello se contemplan los delitos de violación, estupro y abuso sexual, previstos en los artículos 361, 362, 363, 366, 366 bis, 367, 367 bis, 367 ter y 373 del Código Penal.

42°. Por ello, sostener que el artículo 365 pretende proteger a los púberes de las actividades sexuales traumáticas, omite considerar que los supuestos de hecho de la norma no incluyen ningún tipo de abuso, engaño, coacción o daño. No hay razones para afirmar que las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo sean *per se* coercitivas. Al respecto se ha señalado que "las personas homosexuales tienen exactamente la misma libertad que las heterosexuales para elegir involucrarse o no en relaciones íntimas, porque esa libertad procede del ser persona y no de la orientación sexual" (CHOMALI, FERNANDO: *La Homosexualidad. Algunas consideraciones para el debate actual acerca de la homosexualidad*. Centro de Biomédica, Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2010, p. 33).

Tampoco puede sostenerse que la norma busca proteger la inmunidad sexual de los púberes, pues éstos pueden libremente: mantener relaciones sexuales consentidas con personas del sexo opuesto desde los 14 años; mantener relaciones sexuales con adultos del mismo sexo siempre que sean ellos quienes acceden carnalmente al otro; mantener interacciones sexuales que impliquen penetración del ano o la boca utilizando objetos o adminículos similares a un pene o realizando otras conductas de significación sexual no constitutivas de pornografía infantil. Lo anterior queda en mayor evidencia al analizar el precepto en cuestión en relación con la Ley N° 20.084. El artículo 4° de dicha ley estableció que las personas con menos de 18 años no son perseguibles por el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, si la diferencia de edad entre ambos intervinientes es menor a dos años. Conforme a esta norma, no son procesables en sede penal los hombres menores de 18 cuando la diferencia de edad de éstos con el hombre al que acceden carnalmente es inferior a 2 años.

Sin embargo, tal como fue planteado por diversos profesores de Derecho Penal en el Informe en Derecho titulado "*La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal*", acompañado por la Defensoría Penal Pública en causa Rol N° 1683, se produce como consecuencia práctica que la punibilidad del autor se incrementa una vez que aumenta la edad de la víctima y éste cumple la mayoría de edad, pues en tal caso no



le beneficia la eximente prevista en el artículo 4° de la Ley N° 20.084. Según los autores de dicho informe — suscrito por catorce profesores de Derecho Penal de todo el país — *"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. Por lo tanto, la vigencia del artículo 4° de la Ley 20.084 hace inconstitucionalmente arbitraria, por infracción del artículo 19 N° 2, inciso segundo, de la Constitución, la punibilidad que es consecuencia de la aplicación del artículo 365 del Código Penal."*

En este sentido, resta considerar que esta norma protege a los niños y, particularmente a los adolescentes, simplemente de la "homosexualidad" entendida como una manifestación inherentemente lesiva, lo cual deja entrever un desconocimiento de ese fenómeno y un razonamiento homofóbico.

43°. Finalmente, la historia legislativa demuestra que se buscó legitimar la norma impugnada sobre la base de argumentos moralizadores y homofóbicos. Basta citar algunos de los fundamentos que se esgrimieron en la Cámara de Diputados, en cuyo seno se adoptó el texto finalmente aprobado, con leves modificaciones por la comisión mixta. El entonces Diputado I. Moreira sostuvo que *"la despenalización puede ser el inicio de una serie de otras propuestas que indudablemente socavan los valores sociales y atentan contra la familia y el bien común"*. Por su parte, el entonces diputado J. García Ruminot afirmó que la homosexualidad era *"una lacra y que combatirla evitaría campañas del SIDA y otras infecciones por ella provocada y que son un castigo de Dios a toda la comunidad homosexual"*. Luego, el entonces diputado A. Chadwick afirmó que despenalizar la sodomía significa que *"una conducta anormal desde el punto de vista de la naturaleza humana, se transforma en normal y se le da el carácter de lícita"*. Con ello, agregó, *"se genera una tendencia, pues quienes la apoyen después deberán defender también el otorgamiento de la igualdad y el otorgamiento de derechos a las personas homosexuales"*. En la misma línea, el entonces diputado F. Bayo sostuvo que el proyecto *"incrementa lo antinatural o amoral entregando una orientación desafortunada e irresponsable a los jóvenes."*



VII. PRIMERA CAUSAL PARA ACOGER: SE AFECTA LA IGUALDAD

44°. Luego de todo lo anterior podemos entrar al fondo del asunto. La primera causal para acoger el presente requerimiento es que afecta la igualdad antes la ley. En efecto, la norma en cuestión únicamente castiga el acceso carnal cuando lo realiza un hombre a un púber menor de 18, pero mayor de 14 años. En cambio, no se sanciona la misma conducta cuando la relación es heterosexual; tampoco si quien realiza el acceso carnal es el menor de 18 años respecto de un mayor de edad; ni la conducta homosexual entre adultos o la conducta homosexual entre mujeres, cualquiera sea la edad o la acción sexual que éstas ejecuten; por último, tampoco se sanciona al hombre o la mujer que introduce en el ano o en la boca de un hombre o mujer mayor de 14 y menor de 18 años un objeto similar a un pene.

En consecuencia, el único criterio utilizado por el legislador para efectuar el tratamiento diferenciado es el sexo y la orientación sexual de los intervinientes en el acto.

45°. Tal como se indicó al exponer los criterios interpretativos, el sexo y la orientación sexual -utilizados por el precepto legal en comentario- constituyen "categorías sospechosas" que invierten la presunción de constitucionalidad de todo precepto legal y exigen realizar un test estricto de proporcionalidad al analizar la afectación de la igualdad ante la ley.

46°. El artículo 1° de la Constitución dispone que las "*personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*" y en su artículo 19, en el cual se contiene el catálogo de derechos que la Constitución reconoce, se afirma que ellos pertenecen "*a todas las personas*". Luego, el artículo 19 N°2 de la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y señala expresamente que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Tales normas identifican al sexo como una categoría sospechosa de discriminación.

47°. Tal como señaló este Tribunal en la sentencia que declaró inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (STC Rol N° 1710), conforme al principio de igualdad "*el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital.* (Cristina Zoco Zabala: Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);" (c. 105°). Asimismo, en esta materia, esta Magistratura, al considerar inconstitucional la causal de divorcio culposo por conducta homosexual de uno de los cónyuges contemplada en el numeral 4 del



art. 54 de la Ley de Matrimonio Civil, expresó: *“Es evidente que las clasificaciones basadas en sexo en cuanto género, no son necesariamente sospechosas y, por ende, no implican per se la adopción de un estricto escrutinio de juzgamiento, salvo cuando la discriminación refleje un estereotipo arcaico que manifieste significativas diferencias entre los sexos. Por tanto, cuando se argumenta sobre un interés que implica una excesiva carga sobre un determinado grupo de personas sometidas a discriminaciones, el legislador estará compelido a explicar la racionalidad del interés protegido. En tal sentido, hay un riesgo de una clasificación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido estigmatizada por efecto de la clasificación, cuando la clasificación está basada en un estatus inmutable o basada en condiciones que la persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que aísla a los individuos sujeto de discriminación generando un debilitamiento de sus garantías en la protección de sus derechos civiles y fundamentales”* (STC 8851, c. 33°).

48°. Lo mismo puede decirse respecto de la orientación sexual, definida en los denominados Principios de Yogyakarta, adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, como *“la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”*.

49°. Concordante con lo anterior se ha manifestado el Comité Europeo de Derechos Humanos, determinando que la orientación sexual se comprende en la referencia al sexo como categoría sospechosa de discriminación efectuada en el artículo 2 de la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos (CDH, ONU, Toonen v. Australia, 1994)

Por otra parte y a mayor abundamiento, la *“orientación sexual”* se identifica como una categoría sospechosa en diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile, tal como lo han señalado diversos organismos internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas respecto del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que al enunciar las categorías prohibidas para fundar una discriminación, reconoce la orientación sexual como comprendida dentro de la expresión *“cualquier otra condición social”* (Observación General N° 20, 42° período de sesiones, 2009).

El sexo, la orientación sexual y la identidad de género, han sido consideradas como factores no razonables de discriminación por la Ley N° 20.609.

50°. Por otra parte, tal tratamiento resulta exigido si se considera que las denominadas *“minorías sexuales”* han sido históricamente objeto de un trato discriminatorio e incluso vejatorio tanto por parte de los individuos como del Estado. En tal contexto, si bien en el presente caso se analiza la afectación de la igualdad respecto del requirente, acotada al asunto concreto que sustenta la gestión pendiente,



no puede perderse de vista que el derecho a la igualdad ante la ley no prohíbe sólo la discriminación arbitraria en términos individuales, sino también la creación de grupos segregados forzados a vivir al margen de la sociedad, aislados de la mayoría, siempre en situación de riesgo, y considerados como inferiores. (FISS OWEN: Una comunidad de iguales. Miño y Dávila Editores, Madrid, 2002, p. 31).

51°. Enseguida, resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional de Sudáfrica respecto de que la penalización de la sodomía implica definir que a los ojos del derecho los gay son criminales (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, 1998). En efecto, al sancionarse una conducta exclusivamente en razón de la orientación sexual de los intervinientes, la norma se torna homofóbica y refleja un derecho penal de autor ilegítimo a la luz de la Constitución. Lo anterior no resiste análisis en la época que vivimos y sólo puede comprenderse como una manifestación de homofobia que mira a las personas homosexuales como sujetos anormales, inferiores e indignos.

Consecuentemente con lo señalado en los considerandos precedentes, no se aprecia una justificación legítima para determinar distintas edades a partir de las cuales se sanciona una misma conducta únicamente en razón del sexo o la orientación sexual de los sujetos intervinientes en un tipo de relación sexual. La penalización de la sodomía, aunque sea en forma residual o muy 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 personas de raza blanca y raza negra existente en los Estados Unidos hasta los años 70's, en que el móvil de la regulación era precisamente mantener la subordinación de un grupo humano (KOPPELMAN ANDREW: "The Miscegenation Analogy", *The Yale Journal*, Vol. 98, N° 1 (Nov., 1988), pp. 145-164).

52°. Por lo demás, cabe tener presente que el Estado de Chile, en el Examen Periódico Universal (E.P.U.) efectuado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en 2009, examinó las recomendaciones formuladas durante un diálogo interactivo con otros Estados y dio su apoyo a varias recomendaciones, entre ellas a la siguiente:

"28. Prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y abordarla en los programas y políticas de igualdad (formulada por Suecia) y utilizar los Principios de Yogyakarta como guía en la formulación de políticas (formulada por Países Bajos)".

De ello se desprende el compromiso del Estado por eliminar y prohibir cualquier discriminación arbitraria en razón de sexo e identidad de género, lo que debería implicar la no aplicación del artículo 365 del Código Penal en el proceso sub lite. En especial, los referidos Principios de Yogyakarta -que Chile se comprometió a respetar por sugerencia formulada por los Países Bajos y que condujo a que se regulara



el matrimonio entre personas del mismo sexo por la ley N° 21.400, de 10 de diciembre de 2021- señalan:

“Los Estados: Derogarán todas las disposiciones penales y de otra índole jurídica que prohíban, o de hecho sean empleadas para prohibir, la actividad sexual que llevan a cabo de forma consensuada personas del mismo sexo que sean mayores de la edad a partir de la cual se considera válido el consentimiento, y garantizarán que se aplique la misma edad de consentimiento para la actividad sexual entre personas del mismo sexo y de sexos diferentes”.

53°. Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo expresó precisamente que *“la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”* (párr. 91)

54°. En el presente caso, como se ha señalado, el artículo 365 del Código Penal genera una situación más perjudicial para los hombres que tienen un cierto tipo de relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 años y menores de 18, del mismo sexo. Idéntica conducta -acceso carnal consentido- entre personas de distinto sexo no es punible; tampoco lo es si quien tiene menos de 18 años es el sujeto activo, ni si la relación es entre mujeres o entre personas bajo esa edad.

55°. Además, según la formalización de la investigación, los hechos que se efectuaron entre noviembre de 2017 a octubre de 2018, se realizaban *“con el consentimiento de la víctima, sin que existan en estos episodios circunstancias de violación, estupro o el pago de una cantidad de dinero”* (fs. 50).

Pues bien, para que se configure el delito de sodomía tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo del delito deben ser hombres, de modo que, si la relación hubiese sido entre dos mujeres o entre un hombre y una mujer, no se habría configurado el delito. Además, la relación entre los sujetos debe necesariamente haber sido consentida, puesto que el tipo exige la ausencia de las circunstancias de los delitos de violación o estupro.

Lo anterior, evidencia la falta de razonabilidad de la norma y la discriminación arbitraria que causa el precepto legal impugnado al establecer un trato desigual entre personas heterosexuales y homosexuales e incluso un mayor reproche a la homosexualidad masculina que a la femenina.

56°. Dado que la sexualidad es una dimensión de la integridad física y síquica de todas las personas, el carácter discriminador de la norma en cuestión se resalta por el hecho de que castiga una expresión de la sexualidad propia de los hombres homosexuales.

57°. No se compadecen con la realidad los criterios justificativos de la discriminación que nos ocupa, como la protección de la indemnidad sexual del niño



y del adolescente y el libre desarrollo de su autodeterminación sexual, porque toda la argumentación que la funda — de sesgada fuente doctrinaria o regresivas opiniones parlamentarias— revela que ciertos valores se entienden sólo vulnerados por una relación homosexual masculina. El fundamento esgrimido manifiesta un prejuicio rotundo acerca de las personas homosexuales, considerándola un riesgo y daño para quien la asume, connotándola negativamente desde el ámbito cultural; o sea, se reputa normal la conducta heterosexual y anormal y peligroso el comportamiento homosexual. Ese es el basamento real de la distinción que recoge la ley penal reprochada, que no puede ser inspiración para ningún órgano del Estado, sujeto al perentorio mandato de los artículos 5° y 6° de la Constitución Política.

58°. De lo sostenido se deduce que el artículo 365 del Código Penal atenta gravemente contra la igualdad ante la ley, pues idéntica conducta realizada entre un hombre y una mujer entre los mismos rangos etéreos, no merece ninguna sanción penal. Así, la norma en cuestión incrimina una conducta exclusivamente en razón del sexo y orientación sexual de quienes la ejecutan. Se prohíbe, sin justificación razonable, a un grupo de personas una conducta que está plenamente permitida para otras.

VIII. SEGUNDA CAUSAL PARA ACOGER: SE AFECTA LA INTIMIDAD

59°. Una segunda causal para acoger el presente requerimiento radica en que el precepto que se analiza no sólo sanciona un acto, sino que sanciona una de las conductas humanas más privadas que existen: el despliegue de la sexualidad de las personas.

60°. Este Tribunal ha reconocido que la sexualidad es parte de la vida privada. Así ha señalado: "*El artículo 19 N°4 de la Constitución Política, que asegura el respeto y protección de la vida privada a toda persona, privacidad de la que forma parte su vida sexual...*" (STC Rol 698, c. 9°). Las conductas sexuales son datos que la ley estima sensibles.

61°. En el mismo sentido, en la citada sentencia Atala Riffo se señaló que *«la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Por lo tanto, “[l]a vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”*» (párr. 136)

62°. En efecto, las relaciones sexuales que puedan tener las personas forman parte de aquella zona que no quieren que sea conocida por terceros sin su consentimiento. Ello implica una esfera libre de intervenciones ajenas no deseadas. El sujeto es autónomo para decidir si tendrá o no relaciones sexuales, sus partícipes y las formas en que se despliega ese ámbito de su persona. La Constitución le asegura una facultad para excluir a otros de esa esfera propia y abre a las personas un espacio para



que desenvuelvan su sexualidad autónomamente y en forma ajena al escrutinio de terceros.

63°. La Constitución, en su artículo 19 N°4, establece el respeto de la vida privada como un mandato de respeto y protección.

Ello se refuerza tratándose de la sexualidad. En virtud de ese mandato de respeto y protección, el Estado no debe interferir en la sexualidad de las personas sancionando conductas libremente consentidas que no provocan daño. La tipificación de la conducta analizada es una infracción a este deber de respeto y protección de la vida privada, pues se inmiscuye en ese espacio.

64°. En este contexto, la intervención estatal se legitima únicamente cuando busca proteger la libertad de quienes interactúan, para evitar fuerza, coacción, engaño u otro abuso, sin que medien relaciones de parentesco. En el presente caso, en cambio, no concurren esas hipótesis sin atender a su libre consentimiento, sanciona sus relaciones homosexuales y lo trata como un objeto de protección y no como una persona, sujeto de derechos.

65°. El delito tiene una presunción de que hay abuso, engaño o fuerza por el solo hecho de que una persona con menos de 18 años y mayor de 14, tenga una relación sexual con un hombre mayor. La figura penal no considera el consentimiento. El consentimiento en el sexo es más relevante que en otros actos, por el carácter personalísimo y privado del mismo. El niño, en esos márgenes de edad, hombre o mujer, hetero u homosexual, tiene derecho a practicar y disfrutar del sexo, sin que haya reproches externos, estereotipos o estigmatizaciones.

66°. En consecuencia, por las razones señaladas, el requerimiento presentado debe ser acogido y la norma contenida en el artículo 365 del Código Penal no debe ser aplicada en el proceso pendiente, toda vez que ella produce los resultados inconstitucionales que se han señalado.

El Ministro señor NELSON POZO SILVA concurre al voto por acoger el requerimiento, en base a las siguientes motivaciones:

I.- PRESUPUESTOS FÁCTICOS

1°. **Compartiendo el voto principal por acoger**, y atendido a que existe un presupuesto fáctico que incide en la presente inaplicabilidad relativo al delito imputado de sodomía previsto en el artículo 365 del Código Penal, los hechos indagados son:

“En días y horas distintos entre Noviembre de 2017 a Octubre de 2018, el imputado Héctor Eduardo Pino Pino, llevaba en una camioneta al adolescente de iniciales JPGV, (...), hasta un bosque ubicado en el sector Cambrales de la comuna de Cabrero, lugar donde realiza



actos de significación y relevancia sexual consistente en besarse con el menor y accederlo carnalmente introduciendo su pene en la boca y ano del adolescente, igualmente, realiza actos en el sector de la rotonda de Los Leones de la comuna de Cabrero, en el periodo de tiempo... Actos que realizaba con el consentimiento de la víctima, sin que existan en estos episodios circunstancias de violación, estupro o el pago de una cantidad de dinero”.

II.- CONSIDERACIONES SOBRE DAÑOSIDAD

2°. La ausencia de dañosidad y aceptación social, que con frecuencia se presenta ante la homosexualidad, dado que se infiere que una determinada realidad social sólo debe ser protegida por el ordenamiento jurídico, si ella resulta nociva para la sociedad. Por otra parte, también se ha planteado que una determinada realidad sólo puede ser protegida por el derecho en aquella medida que haya un amplio consenso social en torno a tal protección. Surge así el dilema sobre cuál es la función del derecho: si sólo seguir de cerca los cambios de mentalidad social o ser un verdadero impulsor de los mismos cambios.

Herrán (“Introducción”, en Eric Herrán (coordinador), Filosofía política contemporánea, México, DF, Universidad Nacional Autónoma de México), considera que, si bien lo propio de la democracia moderna es el reconocimiento del pluralismo, lo novedoso de éste es que es igualitario en la medida en que otorga un valor igual a los diferentes puntos de vista que en él se expresan. A diferencia del pluralismo premoderno, que es jerárquico, la democracia moderna se caracteriza por el “pluralismo igualitario”. Lo anterior implica que no sólo la pluralidad de concepciones sobre lo que es una vida buena tiene cabida en el régimen político, sino que todas y cada una de ellas deben ser acogidas con igual valor. El pluralismo implica entonces el reconocimiento de la legitimidad del otro y la aceptación de la convivencia entre los que son diferentes. Asimismo, el pluralismo resignifica el sentido de las mayorías y las minorías, en tanto que lo importante no es ya el número sino la legitimidad de cada identidad existente.

3°. El centro de la controversia está en los principios en que se basa el Estado Democrático de Derecho, lo cual implica que, para determinar si una realidad social debe ser protegida jurídicamente, no resulta aceptable que el punto de partida sea el grado de “preparación de la sociedad”, sino que la puesta en práctica de los referidos principios. En el fondo, se trata de una mera cuestión de promoción y de defensa de los derechos humanos, cuya falta de puesta en práctica no puede ser supeditada a una supuesta carencia de preparación social, la cual, por lo demás, nadie podrá saber nunca, con certeza, si efectivamente existe o no.

La cuestión de la diversidad sexual refiere a la condición de ser un ser diverso, es decir, al hecho de ser diferente y desigual, y sugiere una distancia respecto de “la norma”, que es la “heterosexualidad” (Weeks, Jeffrey, 2000, Sexualidad, México, DF, Paidós). De acuerdo con el citado Jeffrey Weeks, la diversidad implica un continuum



de conductas en el que un elemento no tiene un valor más fundamental que cualquier otro.

III.- ELEMENTO DE LESIVIDAD QUE INCIDEN EN EL CASO CONCRETO

4°. Que el “Acuerdo de Solución Amistosa”, el caso P-946-12 “César Antonio Peralta Wetzel y otros”, se materializa en el pacto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 11 de junio de 2016, donde se concretó un acuerdo de solución amistosa, celebrado entre los Peticionarios del caso P-946-12 y el Estado de Chile, por el cual este último, se comprometió en el punto III. Medidas a Adoptar, N° 1. Letra g), a la “Revisión, y eventual reforma o derogación de los artículos 373 y 365 del Código Penal, con el fin de erradicar toda forma de discriminación por orientación sexual o identidad de género.”

5°. Hasta la fecha no se ha dado cumplimiento a dicho Acuerdo de Solución Amistosa.

La noción de lesividad se asocia a las bases constitucionales del Derecho Penal, tomando en consideración que la función del Derecho Penal en el modelo de Estado Constitucional implica la necesidad de limitar la potestad punitiva estatal frente al ciudadano, sometiéndola al imperio de la ley y al respeto de los derechos fundamentales, y la de protección eficaz frente al delito, entendido como ataque a derechos e intereses personales o colectivos de los ciudadanos. Se trata, pues, de una prevención limitada: de una prevención que efectivamente proteja a los ciudadanos, pero que a la vez respete límites que garantizan derechos frente al Estado.

6°. Si bien pudiera estimarse que en función del principio de culpabilidad se limita la impronta subjetiva a la criminalización, en concreto se requiere que exista un bien jurídico de cierta entidad digno de tutela frente a determinadas agresiones, en el sentido que la pena se muestre como un instrumento idóneo de protección, que no puedan percibirse modos de intervención menos lesivos, y que la respuesta penal sea globalmente proporcionada, de tal manera que el objeto de las leyes penales la Constitución se encarga de corresponder a aquellas acciones posibles susceptibles de ser observadas o inobservadas, que impliquen que la prohibición obedezca a una verdadera afectación de valores jurídicos penalmente violentados.

IV.- PROHIBICIÓN DE TRATO DISCRIMINATORIO EN BASE A UNA ORIENTACIÓN SEXUAL

7°. Es necesario analizar la igualdad ante la ley y la discriminación arbitraria y, en particular, la orientación sexual como categoría sospechosa. La igualdad ha de ser concebida en un sentido material y no en uno meramente formal, esto es, que el derecho debe dar cuenta de las características y circunstancias que sirven de base al tratamiento igualitario y no sólo otorgar beneficios o imponer cargas a un



determinado grupo sin más, de manera de contentarse con una igualdad normativo-formal. Si bien la Igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria no son lo mismo, ambos derechos están íntimamente ligados, debido a que la igualdad requiere que no exista discriminación.

8°. El Tribunal Constitucional se ha referido a la igualdad ante la ley, señalando que *“la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario.”* (STC 986-2007). La igualdad ante la ley permite al legislador hacer diferenciaciones siempre que estas no impliquen una discriminación arbitraria, lo que se constituye en una limitación al poder legislativo.

La orientación sexual es una de aquellas distinciones que, de acuerdo a nuestro derecho, en la conexión del artículo 19, numeral 2°, y del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituyen categoría sospechosa. Así, conforme al artículo 26 del referido Pacto Internacional que señala que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, debiendo prohibir la ley toda discriminación, garantizando a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Se trata de un derecho autónomo de no discriminación y bajo el cual se configura una cláusula de carácter abierto.

9°. Esta Magistratura ha expresado que *“Hay clasificación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido estigmatizada por efecto de la clasificación, cuando la clasificación está basada en un estatus inmutable o basada en condiciones que la persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que aísla a los individuos sujeto de discriminación generando un debilitamiento de sus garantías en la protección de sus derechos civiles y fundamentales.”* (c. 21°). Así, las clasificaciones basadas en sexo en cuanto género, no son necesariamente sospechosas y, por ende, no implican *per se* la adopción de un estricto escrutinio de juzgamiento, y precisa que hay riesgo de una clasificación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido estigmatizada por efecto de la clasificación, cuando esta se basa en un estatus inmutable o en condiciones que la persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que aísla a los individuos sujeto de discriminación generando un debilitamiento de sus garantías en la protección de sus derechos civiles y fundamentales. Por consiguiente,



entiende que no es posible tolerar la constitución de un límite a un derecho fundamental a un trato igualitario, si la naturaleza de ese límite consiste en degradar la condición de la persona misma o imputarla con responsabilidad y sanciones por un patrón conductual que no puede modificar (STC 8851, cc. 33° y 34°, declara inaplicabilidad de la norma que contempla la homosexualidad como causal de divorcio).

En definitiva, el precepto impugnado establece una diferencia de trato, basada en un criterio de género, el cual deriva en que resulta socialmente más reprochable la homosexualidad masculina, particularmente en relación con la homosexualidad femenina y, más específicamente la homosexualidad activa.

V.- CONTENIDO GENERAL DEL DEBER DE ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO Y APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

10°. El control de convencionalidad, en principio, se deriva del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que los Estados deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH.

En el caso Almonacid Arellano ha sido definido como la obligación de los jueces de aplicar *ex officio* respecto de las leyes nacionales cuando resuelvan una causa bajo su conocimiento.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11°. El concepto de control de convencionalidad, en un sentido amplio, tiene una fuerza que va más allá que el principio de legalidad al que se encuentran adscritas las autoridades administrativas de todos los niveles y se ejerce desde el momento en que se emite una norma, o para evitar la inconvencionalidad de una omisión legislativa. Empero, hay que señalar que el examen de convencionalidad no sólo se predica respecto de la CADH, sino todos los instrumentos del SIDH, incluida la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre en que en tanto ostenta naturaleza de norma consuetudinaria, aunque la Corte IDH no haya establecido de manera expresa esta aseveración (Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo,



reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, número 158. Voto del juez Sergio García Ramírez).

12°. Sin embargo, la idea de establecer un diálogo en los estándares del SIDH que se apliquen en su real dimensión, el concepto “diálogos” debe plantearse como un proceso inacabado y con finalidad de orden normativo, hecho que nos conduce, necesariamente, a lo señalado por Saiz Arnaiz en el hecho que el diálogo es una condición existencial del modelo de Estado Constitucional contemporáneo, que no sólo se sustenta en el mandato normativo que se deriva de las Constituciones, sino también en el hecho en que los jueces son agentes de primera línea en la construcción de una América de los derechos, y deben ocupar un lugar en la comunidad de intérpretes jurisdiccionales. Como fuente, tampoco debe perderse de vista que la incorporación de los estándares internacionales brinda legitimidad y fortalece el rol de la justicia constitucional en espacios de debilidad institucional (Saiz Arnaiz, Alejandro, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 140 y ss.)

VI.- HOMOSEXUALIDAD Y PROHIBICIÓN DE TRATO DISCRIMINATORIO

13°. Que no es posible establecer una fijación de lo moral en lo penal. El aparato penal implica establecer los ilegalismos en alguna valoración negativa, lo cual tiene un aspecto sobre cuya base pueden tratar de comprenderse los problemas que hemos planteado. El reproche moral no es suficiente para establecer una figura penal tal como se ha establecido precedentemente en este voto particular.

14°. La dualidad derecho y corrección implica dos observaciones a reseñar. Primero, asistir históricamente a la formación de un discurso criminológico y, en segundo lugar, un crimen no está determinado con la mera elaboración de la transcripción de la definición jurídica, sino más bien con el contenido entregado al sistema penal por un saber médico o sociológico, lo cual redundaría en que el texto penal tal como existe sin el conjunto de los procedimientos de moralización que arrastra consigo, y sin que estén dadas, al menos, la virtualidad y, por lo tanto, la necesidad de un discurso de lo que compete a la criminología.

Existe un disfuncionamiento del sistema penal, sin que en la especie del correlativo-correctivo no sólo impliquen un afán de moralización, sino que también deben producir un efecto criminológico que le otorgue entidad a la conducta reprochada.

Es el caso, tal como se citó con antelación en este laudo, el Estado de Chile se comprometió a la eliminación de la figura delictiva del artículo 365 del Código Penal, situación que no ha sucedido hasta la fecha.



VII.- EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

15°. El Estado democrático liberal tiene la tarea de garantizar la autonomía de los individuos y la posibilidad de su autorrealización, por lo que el arreglo político establece una división entre las esferas pública y privada. En la primera se preservan los derechos de los ciudadanos y en la segunda se desarrollan las relaciones humanas y familiares de los individuos y se satisfacen las necesidades básicas. La distinción permite preservar la libertad individual y protegerla del ejercicio arbitrario del poder estatal. De tal manera, lo público se vuelve el lugar del poder en donde se ejerce la libertad política igualitariamente; y lo privado, se constituye como el espacio en donde se llevan a cabo las relaciones económicas, amistosas, domésticas y familiares, las cuales están libres del poder del Estado.

16°. Una determinada forma de vida sólo puede ser proscrita o no protegida en la medida que atente contra los derechos humanos de una persona en particular o de un grupo de personas. Las meras molestias a los intereses de una persona o de un grupo de personas, no son suficientes para vedar una determinada forma de vida. El límite, no está dado por la no perturbación de la moralidad pública o por la no perturbación de la moral sustentada por un grupo social, sino por la no vulneración de los derechos fundamentales.

17°. La orientación sexual corresponde a un ámbito de la vida que incumbe a decisiones personales, respecto de la cual cada persona debiese tener el más absoluto control, porque pertenece al plan de vida de cada uno y que por lo demás no afecta a terceros, es decir, pertenece al derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual si bien no se encuentra explícitamente reconocido en la Constitución, puede ser desprendido de su artículo 1°, al reconocer la dignidad de la persona en el inciso primero: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, y en el inciso cuarto: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.”*

VIII.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

18°. Que en precedente de esta Magistratura STC Rol N°3205, el voto por acoger estableció los argumentos que la norma tiene un carácter discriminador que vulnera la igualdad ante la ley al castigar una expresión de la sexualidad propia de los hombres homosexuales, encontrándose impedido el legislador penal de buscar la protección de los menores vulnerados o restringidos severamente sus libertades. A la vez se considera que el precepto legal afecta la intimidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendiéndose que la sexualidad es parte de la vida privada, por lo que el Estado no debe intervenir sancionando conductas libremente consentidas que no causan daño (Principio de lesividad).



19°. La doctrina jurisprudencial ha explicado que con la figura delictiva no se afecta la libertad como en la violación ni el estupro. Entendiéndose que es la indemnidad sexual – normal desarrollo de su sexualidad – de ese niño o adolescente lo que se perturba, pues a diferencia del estupro no contempla situaciones de aprovechamiento para conseguir semejante acceso carnal (Tatiana Vargas y José Ignacio Piña. *Código Penal. Concordancias, historia de la ley, jurisprudencia, y notas explicativas*. Ed. Thomson Reuters, 2013, p.356).

20°. Del mismo modo, analizando su constitucionalidad en relación al bien jurídico protegido, esta Magistratura, en sentencia de 4 de enero de 2011, estableció que es un delito con el consentimiento libre de la víctima, quien está en pleno uso de sus facultades mentales, sin presión, sin desvalimiento, sin posición de dependencia, ni engaño, ni coacción de ninguna clase y sin mediar dinero (Código Penal y leyes complementarias, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, VVAA, p.327, Santiago de Chile, 2016) todo lo cual confirma lo aseverado precedentemente por este previniente en cuanto a que el cuestionamiento es de naturaleza más bien moral que jurídica.

IX.- CONCLUSIONES

21°. Atendido lo razonado y entendiendo que el dialogo judicial consiste en buscar interpretaciones equivalentes y complementarias, y no en pretender decir la última palabra y en tanto la ductilidad de los derechos y la flexibilidad de los estándares convencionales, que suelen admitir distintos desarrollos, favorecen dicho entendimiento, menos autoritario y más dialogante.

22°. De esta forma este voto particular no hace más que recoger el incipiente criterio del precedente de la STC 8851, en sus considerandos 33 y 34, en un sentido de considerar factores relevante para la inaplicación la ausencia de lesividad penal, la aceptación social, el compromiso de Solución Amistosa ante la Comisión Americana de Derechos Humanos y por configurarse una discriminación arbitraria sustentada en el criterio de que la orientación sexual que configura una “categoría sospechosa” y hay una afectación al derecho a la intimidad y a al libre desarrollo de la personalidad, muy claro en el caso que constituye la gestión penal que se sigue contra el requirente.

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a lo resuelto en orden a acoger el requerimiento formulado teniendo presente además las siguientes consideraciones:

1°. Cabe señalar que en materia de no discriminación por razones relacionadas con la sexualidad, el Estado de Chile tiene deberes expresamente declarados por sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo “*Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha*



Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual” (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 91).

2°. En este sentido, no puede preterirse que la construcción de la propia vida sexual, en un paradigma de libertad, conciencia y voluntad es parte del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, cuestión que se desarrolla además en la órbita de la vida íntima, todo lo cual se encuentra recogido por el derecho constitucional chileno a partir de la cláusula de la dignidad humana (art. 1), la disposición del propio cuerpo (a partir del derecho a la integridad física, entendido como un derecho de titularidad y disposición exclusiva de la persona en el numeral 1° del art. 19), las garantías de la vida íntima (numeral 4° del mismo artículo) y la libertad personal (numeral 7°), además del derecho a no ser discriminado, en diferencias de trato que resulten arbitrarias (numeral 2° del mismo artículo 19). Cabe mencionar que la libertad sexual es además un bien jurídico protegido en el Código Penal, derivado de la concepción del ser humano dotado de libertad y autodeterminación, estableciendo así los marcos necesarios de sus límites a propósito de la capacidad para comprender y consentir, a lo que se acompaña el elemento de la voluntad.

3°. Si bien en el catálogo del artículo 19 de la Carta Fundamental no se encuentra explícitamente recogido el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, no obstante, es posible identificar la existencia de cláusulas generales de dignidad de la persona (art. 1°, inciso primero, y art. 5°, inciso segundo, en relación nuevamente con el art. 1°, esta vez en su inciso cuarto). En este último precepto aparece como elemento intrínseco, en cuanto la primacía de la persona humana, como valor fundamental, nos obliga a concluir que su libre desarrollo personal debe alcanzar la mayor realización espiritual y material posible, a cuyo cometido el Estado debe contribuir creando las condiciones sociales necesarias, con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales. De la misma forma, se garantiza la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada, conjunto de derechos que atribuyen a todo ser humano el poder y la libertad para decidir qué hacer y con quién concretar, de forma libre y consciente, las distintas etapas, momentos y episodios de su vida sexual.

4°. Es en ese orden que la construcción de la propia vida sexual dentro de dichos marcos se erige en una esfera de autonomía y no interferencia frente al poder público, que no puede ser interferida ni juzgada por el poder estatal, que en el caso de



la norma impugnada utiliza el factor conducta sexual como un estándar de reproche, castigo o repudio. En el mismo orden, el Tribunal Constitucional de Alemania ha razonado que la sexualidad forma parte de la vida privada y que todas las personas tienen derecho a determinar su definición sexual y a establecer relaciones con terceros respetando su libertad y madurez psicológica, según lo establezca la ley (sentencia de la Primera Sala de 21 de diciembre de 1977, en Schwabe, Jürgen (Compilador): Cincuenta años de jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1982, p. 180 y ss).

5°. Así, una diferencia de trato legislativo por el ejercicio de opciones o preferencias en materia sexual resulta del todo inconstitucional, en la medida que el poder estatal entonces administra premios, castigos, inhabilidades, sanciones o limitaciones por haberse ejercido un acto de libertad en una esfera de no interferencia, cual es la construcción de la propia vida sexual dentro del libre desarrollo de la personalidad, de la disposición del propio cuerpo y de los límites legítimos que el orden constitucional y penal puede definir para la misma (es decir, con plena capacidad, consentimiento y respeto de la libertad sexual ajena), a lo que se suma que la histórica discriminación a las disidencias sexuales erige a los grupos LGTBI como colectivos históricamente postergados y maltratados.

6°. En este sentido, este previniente tiene presente para el presente caso lo razonado por la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol 127.174-2020, en cuanto *“el derecho de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal, al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad. Entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de determinar su identidad de género, siendo el Estado, en su condición de garante -porque, como se dijo “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”-, el que debe crear las condiciones sociales necesarias “que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías”, en lo particular, a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual (vid SCS Rol N° 97.283-2020)”* (La Corte Suprema confirmó sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, que acoge recurso de protección presentado en contra de colegio y ordena al establecimiento educacional permitir la asistencia de una adolescente transgénero vestida conforma a su identidad de género). Cabe tener presente que tales razonamientos, plenamente pertinentes en el caso sub lite, se verifican teniendo como punto de partida a las normas de la constitución política vigente acerca de la dignidad humana, de la igualdad ante la ley y del bien común, bastando solo con ellas para entender la cuestión planteada, argumentos a los cuales se agregan los otros que se expresan.

7°. La norma sometida a control establece una regla especial, gravosa, a propósito de la libertad sexual divorcio, sus causas y sus efectos, determinando un trato punitivo específico que se establece en función del factor de homosexualidad



para un mayor de 14 años y para un mayor de 18 años, ambos a quienes la misma ley les reconoce libertad sexual a partir de lo dispuesto en el artículo 361 del mismo Código Penal. Siendo así la libertad sexual el bien jurídico protegido por el delito de violación del artículo 361, es irrelevante penalmente y carente de lesividad el penalizar relaciones si hay consentimiento en el acto sexual entre personas del mismo sexo mayores de 14 años. En efecto, se produce una odiosa discriminación: en condiciones que para el acto carnal heterosexual la ley permite reconocer como válido el consentimiento desde los 14 años, determinando ello que queda así protegido por la libertad sexual y por ende no es punible, mas a la misma edad, entre los 14 y los 18 años, al homosexual la ley lo determina como un pretendido inmaduro o inepto para consentir, y así incluso si hay consentimiento entonces se configura un verdadero delito sexual, pues la ley le niega todo valor a tal manifestación de voluntad, en condiciones que, si fuera una relación de tipo heterosexual consentida, la ley la determina como válida y amparada por el derecho. A su vez, para el mayor de 18 años involucrado en la relación con un mayor de 14 y menor de 18 años la discriminación es también evidente: pues si el acto es carnalmente heterosexual se reputa atípico si no concurren las circunstancias del artículo 361, mas si el elemento carnal es entre personas del mismo sexo el acto pasa a ser delito sin que siquiera concurren los elementos de la violación.

8°. Se determina así un trato diferente, gravoso, incapacitante y criminalizante por los caracteres homosexuales de un acto, en condiciones que la identidad sexual es en sí mismo un factor ilegítimo de motivación para establecer una diferencia de trato. A ello se suma la paradoja de que la legislación chilena permite que una persona pueda casarse a los 16 años, disponiendo de su vida sexual, pero si decide a la misma edad tener relaciones homosexuales se determina penalizar el mismo ejercicio sexual, quedando claro que ello es por ser verificado entre personas del mismo sexo. En efecto, en diciembre de 2020, mientras la presente causa se encontraba en estado de acuerdo, fue aprobado por el Congreso Nacional y promulgado por el Presidente de la República el proyecto de ley contenido en el Boletín 11422-07, que Modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, que una vez publicado en el Diario Oficial es la Ley N° 21.400, la cual a pesar de todo su contenido y de las significativas reformas que introduce, no modificó el Código Penal, dejando vigente el discriminatorio artículo 365 del Código Penal en una evidente paradoja, pues el matrimonio finalmente queda definido en el nuevo texto del artículo 102 del Código Civil, en términos que *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”*, permitiendo los artículos 107 y siguientes que un menor de 18 años pueda casarse -sea hetero u homosexual- pero manteniendo vigente a la vez la penalización de relaciones homosexuales consentidas del artículo 365.

9°. En efecto, a partir de la garantía de igualdad constitucional se *“reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario*



y que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación” (Nogueira, Humberto: Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo 2, Librotecnia, Segunda Edición, 2008, p. 223), además de lo cual el derecho fundamental y subjetivo a no ser discriminado arbitrariamente engendra una cuestión de tipo relacional: el examen de igualdad debe siempre realizarse en consideración con otras personas, casos, situaciones u otros derechos fundamentales.

10°. Al respecto se ha señalado que: *“La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones”* (Rubio Llorente, Francisco: La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640), que en este caso sería en la ley el contraste entre “heterosexual” y “homosexual”, a efectos de los incumplimientos de los deberes maritales, cuestión que parece ser relevante para efectos de evaluar el cumplimiento del deber de fidelidad y su relación con el divorcio.

11°. En este sentido, las categorías “sexo”, “identidad sexual”, “conducta sexual” y “orientación sexual” corresponden a lo que se denomina como categorías sospechosas de discriminación que inciden en el examen de razonabilidad de una diferencia de trato legislativo. Cuando se recurre a estos factores, se levanta un halo sospechoso, que hace invertir la presunción de constitucionalidad de la ley para verificar un escrutinio estricto de su fundamento, ya que se puede afectar a integrantes de colectivos minoritarios que se consideran más vulnerables en razón de prácticas históricas, sostenidas y constantes de discriminación, como la ha sido desde tiempos inmemoriales con las disidencias sexuales, que incluso han sido criminalizadas y perseguidas hasta el exterminio (incluso en el siglo XX, no debe olvidarse que en el genocidio verificado por el régimen nazi, entre todos los colectivos perseguidos los homosexuales eran un grupo específicamente maltratado y vejado, identificado en el submundo de los campos con el infame triángulo rosa). Lo anterior exige realizar un examen estricto de razonabilidad de la diferencia de trato, para dar plena vigencia a la proclama constitucional de que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

12°. En efecto, respecto de el examen de constitucionalidad de la norma cuestionada, resulta plenamente predicable lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al propio Estado Chileno, en tanto *“Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”* (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 124), lo que exige



a quien defienda la vigencia del artículo 365 del Código Penal el intentar sostener su razonabilidad legislativa.

13°. En el caso sublite, la diferencia de trato entre punitivo relaciones homosexuales consentidas (criminalizadas) y heterosexuales consentidas (amparadas por el derecho), determina que lo castigado por el artículo 365 no es un supuesto atentado a la libertad sexual pues hay consentimiento y libertad reconocida desde los 14 años, no habiendo tampoco un atentado a la indemnidad sexual, pues desde los mismos 14 años se puede disponer de la propia vida sexual. Así, es evidente que la diferencia de trato punitivo solo obedece a penalizar la homosexualidad, transformándola en un objeto de criminalización mediante el precepto cuestionado, por lo que la comprensión autónoma y específica del artículo 365 deriva única y exclusivamente en un repudio sancionatorio a la homosexualidad, que siendo un factor ilegítimo de trato diferenciado, hace devenir entonces al precepto cuestionado en una norma inconstitucional, por infringir los artículos primero y 19, numeral 2°, de la Constitución Política.

14°. Además, no debe preterirse que la figura del artículo 365 del Código Penal determina someter al rigor del *ius puniendi* y a trato de imputado al sujeto activo del acceso carnal, por lo que -aunque el caso concreto no determine esa hipótesis- se pueda abrir una puerta en la norma, consistente en que si el sujeto activo está en el mismo rango de edad del sujeto pasivo, se vea entonces sometido al sistema de responsabilidad penal juvenil, a pesar de ser el menor titular de derechos específicos por la vía de la Convención de los derechos del niño, ratificada por Chile y vigente. Es aquí donde sí podría ser relevante la protección del interés superior del niño, pues por la norma cuestionada un menor de 18 años, pero mayor de 14 puede verse enfrentado a una doble violación de derechos: a la discriminación por identidad sexual y a un trato punitivo desproporcionado que vulnera sus derechos de menor de edad.

15°. A propósito del uso del sistema penal en cuestiones que caben dentro de la órbita de la autodeterminación y autonomía progresiva que el sistema jurídico reconoce a un menor de 18 años (y mayor de 14 a estos efectos), cabe traer a colación lo razonado por esta Magistratura sobre el sistema de responsabilidad adolescente, en sentencia Rol N° 2743, acerca de la impropiedad del trato de imputado en materias de derechos del niño:

“DUODÉCIMO: Que llama la atención que se utilice por la ley la voz “imputado”, toda vez que ello denota, para el adolescente que tenga obligación de comparecer ante el tribunal de familia, un término impropio que emplea nuestra legislación procesal penal para referirse al interviniente que es sindicado por el Ministerio Público o por el querellante particular como eventual responsable de un delito. Precisamente, la palabra “imputado” significa “aquel contra quien se dirige un proceso penal” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigesimotercera edición, t. II, año 2014).



Otra acepción la da el diccionario jurídico, que señala que imputado es “aquel individuo a que cabe atribuirle un delito por la conciencia, libertad, voluntad y lucidez con que ha obrado”. (Diccionario Jurídico, Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta, Argentina, año 1983).

La doctrina penal refiere que la “imputabilidad es la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento. Dicho de otro modo, la imputabilidad es la capacidad personal de ser objeto de reproche por la conducta ejecutada y, consiguientemente, capacidad de culpabilidad” (Derecho Penal, Enrique Cury. Ed. Universidad Católica de Chile, año 2005, p. 409);

DECIMOTERCERO: Constituyendo la voz “imputado”, en la norma analizada, una palabra ajena a la connotación que ella tiene, según se ha manifestado, y considerando que precisamente la disposición legal se encuentra inserta en el procedimiento contravencional ante los tribunales de familia, este Tribunal Constitucional declarará inaplicable el precepto legal en esta parte, por tener efectos contrarios a la Constitución, más precisamente a su artículo 1° que señala “que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y al artículo 19, N° 1°, en cuanto asegura a todas las personas el derecho a la integridad psíquica; aunque estas normas constitucionales no son invocadas por el requerimiento judicial, esta Magistratura, en mérito a lo dispuesto en el artículo 88 de su Ley Orgánica Constitucional, se encuentra facultada para fundamentar la inconstitucionalidad de una norma en causales distintas a aquellas que han sido invocadas por alguna de las partes en su solicitud de inaplicabilidad. Tal es el caso del artículo 102 E de la Ley N° 19.968, al utilizar la expresión “imputado”.

Que, además, la Convención sobre los Derechos del Niño indica en su artículo primero: “niño (es) todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 188).

En las Reglas de Beijing, en las Reglas de Tokio y en las Directrices de Riad se utilizan los términos “niño” y “menor” para designar a los sujetos destinatarios de sus disposiciones. De acuerdo con las Reglas de Beijing, “menor” es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto”. En las Reglas de Tokio no se establece salvedad alguna al límite de dieciocho años de edad.

En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido dieciocho años de edad (Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

De esta manera, la voz “imputado” contraría la naturaleza y esencia de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, la cual vino en nuestro país a dar cumplimiento a lo ordenado en la Convención de los Derechos del Niño, cuyo fin era promover el establecimiento de procedimientos, autoridades e instituciones específicas para el juzgamiento de los niños a los que se les impute una infracción de ley penal, por lo que corresponde que los menores que estén



exentos sean puestos a disposición del tribunal competente en asuntos de familia” (Corte Suprema, roles 5440-2007, 5441-2007 y 5972-2009);”.

16°. Así, el mismo criterio ha de predicarse al extrapolar al sistema penal, vía criminalización, un acto sexual que entre heterosexuales es amparado por la ley, pasando a ser repudiablemente criminalizado solo por el factor homosexualidad.

17°. Adicionalmente, no debe olvidarse que la citada sentencia de la Corte Interamericana en el caso Atala Riffo se refirió no solo al caso concreto sub lite, sino al régimen de discriminación de las minorías sexuales en nuestro país, por lo cual señaló expresamente que *“algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI”* (párrafo 267). Así, es evidente la discriminación hacia los dos sujetos mayores de 14 años partícipes en el acto sexual criminalizado en la gestión pendiente, pues el artículo 365 cuestionado no solo mantiene una cultura de estereotipos en lugar de desarticularlos, sino que además criminaliza al estereotipo de la disidencia homosexual.

18°. En tal sentido, al año 2021, y la promulgación de la Ley N° 21.400 aludida, ya han transcurrido aproximadamente 5 años desde que el Estado de Chile y las partes de la Petición 946-12 de la Comisión Interamericana de derechos humanos (Cesar Antonio Peralta Wetzel y otros respecto de Chile), celebraron un acuerdo de solución amistosa en el marco de un conflicto de derechos humanos, iniciado por denuncia presentada en el año 2012, referida a la falta de acceso de tres parejas del mismo sexo al matrimonio civil y al reconocimiento legal de matrimonios contraídos en otros países por parte del Estado de Chile, caso que en su momento fue conocido por este Tribunal en su sentencia de inaplicabilidad Rol N° 1881 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil, en los autos Rol N° 6787-2010, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Oficial de Registro Civil Adjunto).

19°. Cabe señalar que en dicha solución amistosa el Estado reconoció los hechos que motivaron la denuncia de los peticionarios, reconoció la necesidad de perfeccionar la institucionalidad y la legislación para evitar discriminación en contra las personas LGBTI, asumió el compromiso de implementar un proceso de discusión pública que se iniciaría con un acto público que incluyera a representantes de los tres Poderes del Estado y de este mismísimo Tribunal Constitucional, se comprometió a avanzar en la implementación de medidas de no repetición, incluyendo la tramitación legislativa de un proyecto de ley sobre matrimonio igualitario; la adopción de medidas necesarias para impulsar la iniciativa del matrimonio igualitario, la revisión, reforma o derogación de los artículos 373 y 365 del Código Penal, con el fin de erradicar toda forma de discriminación por orientación sexual o identidad de género, además del seguimiento de la tramitación del proyecto de ley sobre Identidad de



Género (ya vigente). Cabe señalar que este Tribunal conoció y resolvió, después de tal solución amistosa, un proceso referido a un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 365 del Código Penal en la sentencia definitiva Rol N° 3205 (de 18 de agosto de 2018), además de conocer y resolver ahora el presente proceso. Cabe reiterar que la norma cuestionada sigue vigente a pesar del compromiso de revisión, reforma o derogación y que ni en dicha causa Rol N° 3205 ni en esta ha sido declarada inaplicable, y que sobrevivirá a pesar de la promulgación de la Ley N° 21.400, que además no modificó el precepto cuestionado, como ya se viera.

20°. Es decir, el Estado de Chile asumió deberes de derecho internacional en materia de legislación de matrimonio y en otras áreas respecto de la no discriminación por identidad u orientación sexual, algunos de los cuales se cumplen mediante la dictación de la Ley N° 21.400, existiendo otros que se encuentran pendientes al día de hoy, entre ellos la expurgación del sistema jurídico del artículo 365 del Código Penal. Este Ministro entiende que una declaración de inaplicabilidad en el caso concreto es justamente una de las formas en las cuales este Tribunal debiera dar cumplimiento a los deberes de responsabilidad internacional en materia de no discriminación a las disidencias sexuales, adquiridos formal y solemnemente por el Estado de Chile en la solución amistosa de la Petición 946-12 de la Comisión Interamericana de derechos humanos (Cesar Antonio Peralta Wetzel y otros respecto de Chile).

21°. Por otra parte, es imposible obviar que las disidencias sexuales han pasado de ser perseguidas, discriminadas y criminalizadas a ser comprendidas como parte de las circunstancias propias de la diversidad del ser humano, en el marco de un sistema jurídico que hoy les reconoce titularidad específica de derechos fundamentales, en un proceso evolutivo que muestra hitos de término paulatino de la discriminación, proceso al cual contribuiría la declaración de inaplicabilidad planteada por los ministros que estuvieron por acoger el requerimiento en el presente proceso.

22°. Así, tampoco puede perderse de vista la Constitución se interpreta como una institución: una creación del ser humano para satisfacer necesidades sociales, y que, por lo mismo, es eminentemente dinámica a la luz de los cambios que experimenta esa sociedad. Al evolucionar las necesidades a satisfacer y la sociedad respectiva, se interpreta la norma constitucional a la luz de su evolución (historicidad), y de su contexto actual. Porque el texto, en tanto objeto interpretativo, no puede entenderse sin su contexto y porque tal ejercicio hermenéutico se hace para resolver conflictos actuales, por lo que la Constitución no es interpretable sin comprender la diversidad sexual, la actualidad cultural y amplitud valórica del mundo en el que están inmersas la norma constitucional y la cuestión planteada en el año 2021, debiendo prescindirse entonces de todo pre juicio en la materia sub lite y de todo originalismo interpretativo que retrotraiga a la sociedad chilena y al significado de la norma constitucional a los años 70 u 80 del siglo pasado o a concepciones jurídicas de épocas anteriores a los estándares fijados en el caso Atala Riffo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



23°. Que finalmente, el presente voto podría abordar en mayor profundidad las temáticas planteadas, más siendo el presente caso un ejercicio de control concreto de constitucionalidad, los fundamentos expresados resultan más que suficientes para concluir que el requerimiento debe ser acogido.

Redactó el voto de rechazo el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. Los votos por acoger el requerimiento fueron redactados por la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y los Ministros señores NELSON POZO SILVA y RODRIGO PICA FLORES, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 10.316-21-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señoras y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la alerta sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.