



A LO PRINCIPAL: ACOMPAÑA AMICUS CURIAE. **PRIMER OTROSÍ:** SOLICITA SE LLAME A AUDIENCIA PÚBLICA. **SEGUNDO OTROSÍ:** ACREDITA PERSONERÍA. **TERCER OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUIS ALBERTO LARRAÍN STIEB, Ingeniero Civil, Cédula Nacional de Identidad número 10.204.251-4, **Presidente de FUNDACIÓN IGUALES**, domiciliado para estos efectos en calle Bombero Núñez 235, comuna de Recoleta, Santiago, en los autos sobre Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante respecto del artículo 365 del Código Penal, en el proceso RIT 114-2016, RUC 1301265769-7, sustanciados ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, causa rol 3205-2016, a S.S.E.E. respetuosamente digo:

Que, en la representación que invisto, vengo en presentar en calidad de **AMICUS CURIAE** Informe preparado conjuntamente por **FUNDACIÓN IGUALES Y CORPORACIÓN FUNDAMENTAL** que analiza la constitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, a fin que sea considerado por V.S. Exma. al dictar sentencia en la presente causa, justificándose esta presentación en las razones que paso a exponer.



PROCEDENCIA DE LA FIGURA DEL AMICUS CURIAE EN NUESTRA LEGISLACIÓN Y SU FUNDAMENTO

El *amicus curiae* o “amigo del tribunal” constituye el instrumento procesal por el cual los otros interesados, esto es aquellos que no son parte o no firman los escritos principales, acceden a la justicia para hacer oír su voz y sus argumentos.¹ Esta institución supone la presentación en un proceso de un tercero que interviene aportando una opinión fundada que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debatan cuestiones socialmente sensibles, en que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación ostente una fuerte proyección o trascendencia colectiva. La actuación de este tercero se materializa a través de una actividad de alegación sobre el tema que constituye el objeto de la decisión judicial. Se trata de un tercero ajeno a la relación procesal: no es parte en el pleito, pero tiene un interés justificado en la decisión judicial y reconocida competencia y versación en la cuestión debatida. Tampoco es un perito, su presentación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal ante el que comparece².

Este tipo de intervención ayuda a mejorar el nivel de transparencia en los procesos judiciales, eleva el nivel de discusión y abre el debate de la temática en litigio, especialmente en aquellos casos donde se encuentre comprometido el interés público o exista una trascendencia social que supere las particularidades del caso concreto. Para Linares, es relevante determinar quién tiene “derecho a voz” para opinar sobre la constitucionalidad de una ley que está siendo impugnada. La institución del *amicus curiae* abre este derecho a

¹ BAZÁN, Víctor (2010) “La importancia del *amicus curiae* en los procesos constitucionales”, Revista Jurídica de Derecho Público, N°3, pp. 145

² BAZÁN, Víctor (2014): “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, Revista Derecho del Estado, N°33, pp. 5.



voz a la sociedad civil, “amplía la participación y concede un mayor valor epistémico al proceso judicial, aumentando por tanto su valor democrático y deliberativo”³.

El *amicus curiae* ha tenido una función importante en litigios cuya controversia involucra directa o indirectamente los derechos humanos, especialmente por la creciente presencia y relevancia de instituciones estatales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales orientadas a evitar restricciones legítimas a los derechos fundamentales.

En nuestro ordenamiento jurídico constitucional encuentra respaldo en el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 y artículo 1° inciso 3° que afirma el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios por parte del Estado.

INTERÉS DE FUNDACIÓN IGUALES Y CORPORACIÓN FUNDAMENTAL DE PARTICIPAR EN LA PRESENTE CAUSA

Que las Organizaciones No Gubernamentales **FUNDACIÓN IGUALES**, cuyo objeto es trabajar para conseguir la plena inclusión de la diversidad sexual en la sociedad chilena y específicamente velar por la vigencia efectiva de los derechos humanos de la diversidad sexual, y **CORPORACIÓN FUNDAMENTAL**, cuyo objeto es la protección y promoción de los Derechos Humanos establecidos por la Constitución, por las leyes y por los instrumentos internacionales vigentes en Chile, cuentan con interés fundado para presentar conjuntamente un **AMICUS CURIAE** en la presente causa donde se discute una norma que sanciona penalmente el acceso carnal consentido entre un hombre mayor de edad y un

³ LINARES, Sebastián (2008) “La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes” Madrid, Marcial Pons, pp 279.



hombre menor adulto; situación que afecta directamente el derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la vida privada, todos estos consagrados como derechos fundamentales, en relación a la orientación sexual.

Atendido lo señalado, solicito a V.S. Excma., tener presente el **AMICUS CURIAE** que por este acto acompaño, pronunciándome para que se acoja el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos, declarando inaplicable el artículo 365 del Código Penal en la gestión pendiente ante el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante en atención a los fundamentos que se exponen en el amicus curiae preparado por **FUNDACIÓN IGUALES** y **CORPORACIÓN FUNDAMENTAL**.

POR TANTO, y en mérito de lo expuesto, solicito a V.S. Excma., tenerlo por presentado.

PRIMER OTROSÍ: En virtud de la facultad que otorga el artículo 37 de la Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en cuanto en su inciso primero dispone que el tribunal podrá decretar medidas que tiendan a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto de que conozca, y en consideración al interés público comprometido en el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, es que solicitamos a este Excmo. Tribunal, convocar a audiencia pública, pidiendo desde ya ser escuchados en dicha audiencia.

POR TANTO, ruego a su VS. Excma., acceder a lo solicitado.



SEGUNDO OTROSÍ: Se ruega tener por acompañada copia simple de la escritura pública de fecha 5 de marzo de 2014 otorgada en la N°27 Notaría de Santiago en donde consta mi personería para actuar en representación de FUNDACIÓN IGUALES.

POR TANTO, ruego a su V.S Excma., tener por acreditada personería.

TERCER OTROSÍ: Solicito a V.S. Excma., tener presente que otorgo patrocinio y confiero poder a las abogadas habilitadas para el ejercicio de la profesión Tammy Pustilnick Arditi Rut. N° 16.360.822-7, Jimena Lizama Cisternas Rut. N° 16.997.011-4 y Natalia Arévalo Arévalo Rut. N° 17.158.429-9, todas domiciliadas para estos efectos en mí mismo domicilio, quienes podrán actuar tanto conjunta como separadamente a efecto de que comparezcan ante la audiencia pública que se resuelva convocar en esta causa.



INFORME SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL

AMICUS CURIAE ANTE EL EXMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

*A favor del requerimiento de inaplicabilidad del artículo 365 del Código Penal en
causa rol 3205-2016*

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FUNDACIÓN IGUALES Y CORPORACIÓN FUNDAMENTAL, por medio de la presentación de este amicus curiae, a través del cual ponemos a disposición de esta magistratura nuestra opinión jurídica sobre los derechos fundamentales comprometidos en la causa Rol 3205-2016, elaborado por las abogadas abajo firmantes, sostenemos que la aplicación del artículo 365 del Código Penal en el proceso RIT 114-2016, RUC 1301265769-7, sustanciados ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante importa un resultado que vulnera los artículos 1 y 19 número 2 y 4 de la Constitución en cuanto importa vulneración del principio de la dignidad de la persona, el principio y derecho a la igualdad, la no discriminación arbitraria y el derecho a la vida privada.

I. DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN, COMPETENCIA EN LA MATERIA E INTERÉS PÚBLICO COMPROMETIDO EN EL REQUERIMIENTO QUE JUSTIFICAN LA INTERVENCIÓN DE FUNDACIÓN IGUALES y CORPORACIÓN FUNDAMENTAL EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

La intervención de terceros ajenos a la relación procesal en calidad de amicus curiae se justifica en cuanto existe un interés público comprometido en la resolución de la causa,



respecto del cual quienes intervienen a través de un amicus curiae cuentan con conocimientos y versación en la cuestión debatida.

FUNDACIÓN IGUALES tiene como misión trabajar para conseguir la plena inclusión de la diversidad sexual en la sociedad chilena. Esa misión se cumple mediante la participación en todas las etapas de la formulación de políticas públicas a nivel legislativo y administrativo, la educación a nivel escolar y superior, la capacitación a trabajadores/as del sector público y privado, la difusión de su mensaje en medios de comunicación, redes sociales y la vía pública y, la investigación, reflexión y discusión de los temas que tienen que ver con diversidad sexual. En tal contexto, la intervención de **FUNDACIÓN IGUALES** en estos autos cobra gran relevancia pues se trata de una causa de interés público relacionada con el ámbito de los derechos humanos de la diversidad sexual, donde se discute una norma que sanciona penalmente el acceso carnal consentido entre un hombre mayor de edad y un hombre menor adulto; situación que afecta directamente el derecho a la igualdad y no discriminación, y el derecho a la vida privada, todos estos en relación a la orientación sexual.

CORPORACIÓN FUNDAMENTAL, por su parte, es una corporación de interés público, sin fines de lucro, que tiene como objetivo principal la promoción y protección de los Derechos Humanos. **FUNDAMENTAL** acompaña y asesora a defensores y defensoras de derechos humanos, así como también a instituciones públicas y privadas con el fin de brindar acceso a herramientas jurídicas necesarias para la asegurar la vigencia de los Derechos Fundamentales, con el objeto de incidir en la elaboración de políticas públicas y de leyes que sean necesarias para el perfeccionamiento del Estado de Derecho. En la defensa de la supremacía constitucional hay un interés público comprometido. La supremacía constitucional es garantía de la vigencia del Estado de Derecho, precondition



para la vigencia de los derechos humanos. Así, **FUNDAMENTAL** se siente convocada a participar en este proceso judicial puesto que están en juego la configuración y protección de los derechos humanos de la igualdad ante la ley, la garantía de no discriminación y el respeto a la vida privada, derechos garantizados por nuestra Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

De tal forma, como V.S. Excm. podrá vislumbrar, existe concordancia entre el interés comprometido en la presente causa y el objeto perseguido por **FUNDACIÓN IGUALES** y **CORPORACIÓN FUNDAMENTAL**, siendo esta la principal razón que justifica el interés de participar en estos autos.

En consideración a lo señalado es que venimos en presentar este Informe en calidad de amicus curiae con el objeto de colaborar con este Excelentísimo Tribunal en el pronunciamiento de acuerdo a los siguientes argumentos que se pasan a exponer.

II. EL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 1 EN CUANTO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA, Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 19 NÚMERO 2 EN CUANTO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA PROSCRIPCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA Y ARTÍCULO 19 NÚMERO 4 EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA DE LA PERSONA

El objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la inaplicación de un precepto legal que, siendo determinante para la resolución, resulte en el caso concreto inconstitucional. En este caso, el artículo 365 del Código Penal dispone que: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien



las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”

En los argumentos que a continuación se exponen se demuestra que la vigencia del artículo 365 del Código Penal, y específicamente, su aplicación en el proceso RIT 114-2016, RUC 1301265769-7, sustanciados ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, resulta contraria a la dignidad de la persona, principio fundamental de nuestro orden constitucional establecido en el artículo primero de la Constitución y los derechos fundamentales de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación arbitraria, además del derecho a la vida privada, reconocidos por nuestra Constitución en el artículo 19 números 2 y 4, así como en tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por Chile.

II. a. Justificación de la necesidad de acudir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la correcta interpretación y determinación del contenido de los derechos garantizados por la Constitución en sede de inaplicabilidad

La aplicación del tipo penal establecido por el artículo 365 del Código Penal supone una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria y la vida privada, todos garantizados por el artículo 19 de la Constitución.

En adelante se explicará como el tipo penal descrito resulta contrario a estos derechos constitucionales, cuya interpretación y delimitación requiere acudir tanto a la interpretación que de la Constitución ha hecho el legislador, así como a la realizada por los



tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentran vigentes, y sus órganos interpretativos.

En tal sentido, esta misma magistratura en la sentencia sobre inaplicabilidad Rol N° 2493-13-INA, señaló que la interpretación de los derechos establecidos en el artículo 19 de nuestra Constitución no podía desatenderse de tales fuentes de derecho, expresando: “en la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes...” y agrega “Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política”.

II. b. El tipo penal contenido en el artículo 365 del Código Penal resulta contrario a la DIGNIDAD DE LA PERSONA, principio consagrado en el artículo primero de la Constitución

El artículo primero de la Constitución establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Esta dignidad configura un principio “de fuerza obligatoria que impregna toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural”⁴

⁴ STC 1185-08



La dignidad humana, fundamento de los derechos, supone que todos y cada uno de los individuos de la especie humana tiene valor intrínseco, es único, irrepetible e insustituible, por el sólo hecho de ser humano, y tiene capacidad y autonomía para realizar su propio plan de vida, siendo capaz de autodeterminarse y tomar las decisiones que permitan el libre desarrollo de su personalidad en los distintos ámbitos de la existencia humana, incluidos los más íntimos como son el ejercicio de la afectividad, las relaciones íntimas y su sexualidad. Esta autonomía se reconoce a toda persona, sea hombre o mujer, sin distinción.

La regla general en cuanto a la edad límite para consentir en relaciones sexuales según diversas normativas legales, para hombres y mujeres, es desde los catorce años, siempre y cuando no medie delito de violación o estupro.

El artículo 365 del Código Penal deviene en una contravención a la dignidad y autonomía de los varones entre catorce y diecisiete años, pues los priva de la autodeterminación en materia de consentimiento sexual y disposición del propio cuerpo, al penalizar las relaciones sexuales entre hombres, impidiéndoles ejercer la autonomía que se reconoce a hombres y mujeres mayores de catorce y menores de dieciocho años que deciden tener relaciones íntimas heterosexuales o lésbicas.

II. c. El tipo penal contenido en el artículo 365 del Código Penal resulta contrario al PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN consagrado en el artículo 19 número 2 de la Constitución



El derecho a la igualdad es tanto un derecho fundamental y constitucional como un principio base de la institucionalidad que debe informar la actuación de todo el poder público. Así el artículo primero de la Constitución señala que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Por su parte, el artículo 19 número 2 asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y explícitamente señala que “ni la ley ni autoridad alguna podrá establecer diferencias arbitrarias”.

De aquí se sigue que la Constitución permite que exista un tratamiento jurídico diferenciado entre las personas, mientras estas no sean injustificadas o arbitrarias. Por lo tanto, las diferencias son constitucionalmente admisibles, mientras no sean arbitrarias, esto es, que respondan a un fundamento racional y no sean un mero capricho.

La jurisprudencia de este tribunal consistentemente ha sostenido que “la igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no 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.”⁵

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “Convención” o “CADH”), ratificada por el Estado de Chile, consagra en su artículo 1.1 el principio de igualdad y no discriminación como una obligación general de los estados parte que impone el deber de respetar y garantizar sin discriminación los derechos contenidos en

⁵ STC Rol 2841-2015, reiterando el criterio sostenido en las sentencias Rol N° 53, c. 72°, STC Rol N° 280, c. 24°, STC Rol N° 1812, c. 27°, STC Rol N° 1951, c. 16°, STC Rol N° 2022, c. 25° y STC Rol 2841 c.11



dicho tratado⁶. Por otra parte, el artículo 24 de la Convención “prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”⁷. Estos dos artículos están intrínsecamente vinculados, por lo que ambos se tendrán presentes al momento de demostrar que el artículo 365 del Código Penal es discriminatorio, y por ende, inconstitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), como intérprete última de la Convención, ha determinado que el principio de igualdad y no discriminación es una norma *ius cogens*⁸. Esto significa, que se trata de una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Lo anterior demuestra la importancia y el carácter fundamental que se le ha reconocido al principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, la Corte IDH ha reiterado que “la igualdad se desprende directamente del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que,

⁶ Corte IDH. Caso Aplitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209.

⁷ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr.82.

⁸ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr.79.



a la inversa, por considerarlo inferior, de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”⁹.

En el mismo sentido, en el Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos, órgano que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha establecido que la discriminación es “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.¹⁰

Asimismo, cabe señalar que en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño está consagrado el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger a niños, niñas y adolescentes de toda forma de discriminación.

De lo expuesto aparece que el tipo penal del artículo 365 del Código Penal vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación de los hombres homosexuales, puesto que la ley reconoce el consentimiento sexual a hombres y mujeres entre 14 y 18 años, los que pueden decidir libremente tener relaciones íntimas en la medida que estas sean

⁹ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55, y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr., 79

¹⁰ Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).



heterosexuales o lésbicas, pero no pueden consentir libremente si se trata de hombres homosexuales, pues a éstos aplica el tipo penal citado.

Las personas pertenecientes a la diversidad sexual sufren de una discriminación estructural, ya que por su orientación sexual y/o identidad de género, han sido histórica y estructuralmente marginadas y excluidas de derechos que sí se les reconocen a las demás personas en la sociedad. Esto se debe a que “las estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales y sociales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias”¹¹. Por tanto, se trata de un grupo vulnerable, es decir, un grupo social que se encuentra en desventaja para el acceso y goce efectivo de sus derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado la importancia de la protección de estos grupos y la necesidad de corregir dicha desigualdad estructural, cuando reconoce la existencia de “grupos o sectores de personas que han sido históricamente minusvalorados... ... grupos o colectivos cuya subordinación es histórica o prolongada, situación que los ha debilitado severamente, obligando a corregir o compensar dicha secular desventaja”¹².

El artículo 365 del Código Penal es precisamente expresión de esta secular desventaja que no se condice con lo que la sociedad y el legislador entiende hoy por igualdad y los criterios que se consideran razonables para efectos de efectuar distinciones en el tratamiento de las personas. Es así como la ley 20.609 que establece medidas contra

¹¹ NASH, Claudio (2009) “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Acción”, Editorial Porrúa, 2009, p. 108. En este mismo sentido, ver también DAVID, V y NASH, C. (2010) “Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” en Derechos Humanos y Juicio Justo, Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, COLAM, Lima.

¹² STC Rol N° 2777-15



la discriminación, texto que es desarrollo del derecho constitucional a la no discriminación arbitraria, establece en su artículo segundo que las distinciones fundadas en la orientación sexual deben ser consideradas como una categoría sospechosa de discriminación.

En suma, de la consideración de la interpretación que del principio de igualdad y no discriminación ha hecho tanto el Tribunal Constitucional como intérprete máximo de la Constitución, como el legislador a través del desarrollo de ésta y la Corte IDH como intérprete de la Convención, la diferencia de trato que importa el tipo penal del artículo 365 del Código Penal es discriminatorio e inconstitucional.

En complemento, resulta relevante tener presente que el año 2003 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que el artículo 209 del Código Penal austríaco, que penalizaba la relación sexual entre un hombre mayor de 19 años y un hombre menor de 18 pero mayor de 14 años viola el derecho a la igualdad en conjunto con el derecho a la vida privada¹³.

Orientación Sexual como categoría protegida de discriminación

El artículo 1.1 de la CADH establece categorías protegidas de discriminación las cuales son “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Estos criterios prohibidos de discriminación representan “diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones desventajosas y, en muchos casos,

¹³ L. y V. v. Austria, Sentencia de 9 de enero de 2003



contrarias a la dignidad humana. El catálogo convencional representa un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios”¹⁴.

Cabe destacar, que dicha enunciación no es taxativa, sino que gracias a la expresión “cualquier otra condición social”; a la interpretación evolutiva y aquella más favorable a la persona, la Corte IDH estableció el año 2012 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.”**¹⁵

Asimismo, tal como se señaló anteriormente, en el artículo 2 de la ley 20.609 se ha establecido que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación.

La importancia que tiene determinar si se ha incurrido en alguna discriminación por orientación sexual es que, de ser así, se “exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose 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”¹⁶, sino que

¹⁴ DULITZKY, (2007) “El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, Anuario de Derechos Humanos (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), n.3 2007, pág. 20, pdf.

Disponible en: <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>

¹⁵ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 91.

¹⁶ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr.124.

“la diferencia de trato se justifica en términos razonables y objetivos, a saber, que se persigue un fin legítimo y proporcional”¹⁷.

Por tanto, “las diferencias basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto. Los Estados deben demostrar la existencia de un interés particularmente importante, de una necesidad social imperiosa, y además, demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible.”¹⁸ En otras palabras, el Estado a través de un test mucho más estricto, debe demostrar que lo que está protegiendo supera con creces los derechos que está vulnerando o restringiendo. En rigor, existe “una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado que se funda en una pauta considerada “sospechosa”¹⁹.

El artículo 365 del Código Penal es inconstitucional por vulnerar la igualdad ante la ley, discriminando en razón de la orientación sexual, ya que da un trato diferenciado al acceso carnal homosexual en comparación al heterosexual. Esto debido a que el artículo establece un “límite de edad para la relevancia del consentimiento del menor a acciones homosexuales distinto del límite establecido para su consentimiento a acciones heterosexuales [lo cual] carece de justificación y constituye una discriminación arbitraria; eso hace inconstitucional la afectación a la vida privada que conlleva [su aplicación].”²⁰

¹⁷ Ibid, párr. 124.

¹⁸ DULITZKY, Op. Cit., pp.20

¹⁹ Ibid, pp.23

²⁰ BASCUÑAN, COUSO, HERNÁNDEZ, MAÑALICH (2011) “La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal”, Informe en derecho, Revista de Estudios de la Justicia, N°14, pp,108
Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej14/ABR%20VVAA%20_4_x.pdf



En rigor, el problema del mencionado artículo es que se “otorga al acceso carnal homosexual un trato jurídico-penal diametralmente opuesto al trato otorgado al acceso carnal heterosexual. Esa diferenciación de trato no tiene otra explicación que la expresión de reprobación de la homosexualidad masculina. Eso la constituye en un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad ante la ley”²¹. Pero, ¿por qué se trata de manera diferente si estamos frente a una relación consentida? No se trata de un abuso sexual, sino que la única diferencia es que la orientación sexual de esas personas.

Tal como señalan Casas y González, la norma refleja fuertes estereotipos, pues existe “un prejuicio hacia la relación entre personas de un mismo sexo, traducido en un trato discriminatorio por parte del legislador al castigar la relación consentida entre personas de un mismo sexo, pero no castigando esa misma relación entre un hombre y una mujer”²².

En este sentido, es importante tener presente lo expresado por el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas en su informe de 2 de febrero de 2007, el cual señala su preocupación “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”²³.

²¹ Ibid, pp.108

²² CASAS, Lidia y GONZÁLES, Juan Pablo (2012) “Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional”, Anuario de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, pp.267

²³ Comité de Derechos del Niño, 44º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Chile (CRC/C/CHL/CO/3), párrafo 29.

II. d. El tipo penal contenido en el artículo 365 del Código Penal resulta contrario al DERECHO A LA VIDA PRIVADA de la persona establecido en el artículo 19 número 4 de la Constitución

El artículo 19 número 4 de la Constitución asegura a todas las personas la protección de su vida privada, protegiendo la intimidad de toda persona, la cual ha sido definido por Evans de Cuadra como “ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la presencia o intervención de terceros”²⁴.

Conforme a este derecho se asegura a todos los individuos la facultad de sustraer del conocimiento del común de las personas aspectos que ellos mismos consideran de su más íntimo ámbito. Como ha señalado esta magistratura “[l]a privacidad integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano. Por tal razón, **ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos** tanto por la ley como por los actos de autoridad”²⁵.

En este ámbito de la intimidad que requiere categórica protección aparece destacadamente lo relativo al ejercicio de la sexualidad, constituyendo un deber del Estado

²⁴ EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986) “Los derechos constitucionales” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.171.

²⁵ STC 389 c.20, STC 1732 c. 23, STC 1990 c. 32 y 33, STC 2747 c.



el no intervenir en ciertos ámbitos que son propios de la esfera privada de los individuos. En tal sentido, cae dentro de la esfera de la autonomía privada la decisión de con quién mantener relaciones sexuales libremente consentidas.

Asimismo, los artículos 11.1 y 11.2 de la Convención Americana consagran el derecho a la protección de la dignidad y vida privada, señalando que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada ni en la de su familia.

La orientación sexual como aspecto del derecho a la vida privada

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión) como la Corte IDH han señalado que la orientación sexual es un elemento fundamental de la vida privada de las personas y como tal ni el Estado ni nadie puede interferir. La Comisión ha sostenido que éste “abarca todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares”²⁶. En cuanto a la vinculación entre la vida privada y orientación sexual, ha señalado que “la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público, en la ausencia de razones de mucho peso y convincentes.”²⁷

Igualmente, la Corte IDH ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte

²⁶ CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 111.

²⁷ CIDH, Informe N° 71/99, Caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo, Colombia, 4 de mayo de 1999

de terceros o de la autoridad pública”²⁸, y particularmente en cuanto a la orientación sexual ha señalado que al formar parte de la esfera íntima de la vida privada de las personas, las interferencias de la autoridad en este ámbito requieren razones particularmente convincentes y de mucho peso para ser justificadas²⁹.

Asimismo, se desprende del derecho internacional lo indicado en los Principios de Yogyakarta, los cuales establecen las directrices sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. En cuanto al derecho a la privacidad, establecen en su numeral sexto que “todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen derecho a gozar de su privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales, inclusive en cuanto a su familia [...]. El derecho a la privacidad normalmente incluye la opción en cuanto a revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas”.

En síntesis, la orientación sexual forma parte de la vida privada de cada ser humano, y como tal cuenta con protección bajo el estándar internacional de los derechos humanos como derechos fundamentales protegidos por nuestra legislación, quedando así exento a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. El tipo penal comprendido en el artículo 365 del Código Penal, al sancionar sólo aquellas relaciones sexuales consentidas entre dos hombres legalmente capaces de dar su

²⁸ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 161

²⁹ CIDH, Demanda ante la Corte IDH en el caso de Karen Atala e Hijas con el Estado de Chile, Caso 12.502, 17 de septiembre de 2010, párr. 111



consentimiento en cuanto a relaciones sexuales se refiere, vulnera directamente la esfera más íntima de aquellas personas, su vida privada.

IV. CONCLUSIONES

De los argumentos desarrollados, acudiendo tanto a la jurisprudencia de esta magistratura, la doctrina nacional en relación a los derechos involucrados y al desarrollo de estos derechos por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que se integran como elemento interpretativo de nuestros derechos constitucionales, así como la referencia a otros instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se concluye que la aplicación del artículo 365 del Código Penal en el proceso RIT 114-2016, RUC 1301265769-7, sustanciados ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante importa un resultado que vulnera los artículos 1 y 19 número 2 y 4 de la Constitución en cuanto importa vulneración del principio de la dignidad de la persona, el principio y derecho a la igualdad, la no discriminación arbitraria y el derecho a la vida privada. Luego, debe ser declarado inaplicable por inconstitucional.

Han colaborado en la elaboración del presente amicus curiae las abogadas

Natalia Arévalo Arévalo

Jimena Lizama Cisternas

Tammy Pustilnick Arditi