

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE SODOMÍA CHILENO EN EL NUEVO CONTEXTO DE LA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN Y EL CASO ATALA

The Constitutionality Validity of the Chilean Sodomy Law in the New Context of the Antidiscrimination Act and the Case *Atala*

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ¹

Universidad Austral de Chile

josefernandez@uach.cl

Cómo citar/Citation

Fernández Cruz, J. A. (2016).

La constitucionalidad del delito de sodomía chileno en el nuevo contexto
de la ley antidiscriminación y el caso *Atala*.

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 20, 85-116.

doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.04>

Resumen

El presente estudio aborda la constitucionalidad del delito de sodomía (art. 365, Código Penal chileno) desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razones de orientación sexual. A pesar de que la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1683-2010-INA declaró este precepto penal conforme con la Constitución Política de la República, la promulgación de la Ley 20 609, que establece medidas contra la discriminación, y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹ Doctor en Derecho y profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Estudio comprometido en el Proyecto Fondecyt Regular 1130076.

Atala Riffo y niñas constituyen buenas razones para entender la prohibición de discriminación por orientación sexual como una norma adscrita a nuestra Constitución.

Palabras clave

Delito de sodomía; discriminación por razón de orientación sexual; control de constitucionalidad.

Abstract

The present study provides a critical analysis of Chilean crime of sodomy from sexual orientation discrimination perspective. Even though Constitutional Court Sentence Rol 1683-2010-INA hold that statute does not violate Constitution, the new Chilean Antidiscrimination Act and the Inter-American Court of Human Right's case *Atala Riffo and daughters vs. Chile* provide good reasons to consider prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation as norm implicitly expressed in the Chilean Constitution.

Keywords

Crime of sodomy; discrimination on grounds of sexual orientation; constitutional review.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA: 1. El reconocimiento de la prohibición de discriminación por orientación sexual como una norma adscrita a una disposición de un derecho fundamental; 2. ¿Una regla, un principio o una categoría sospechosa?: 2.1. *El mandato de no discriminación como regla o prohibición absoluta*; 2.2. *El mandato de no discriminación por razón de orientación sexual como un principio: ¿una finalidad constitucional ilegítima?*; 2.3. *Una breve referencia a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad del art. 365 CP*; 2.4. *El mandato de no discriminación por razón de orientación sexual como una categoría sospechosa: el juicio estricto de constitucionalidad en el derecho estadounidense*; 2.5. *El estándar estricto de constitucionalidad en el derecho estadounidense*; 3. Inaplicabilidad y el criterio de normalidad o generalidad de los casos: la tragicomedia del caso *Sepúlveda*. III. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL NUEVO CONTEXTO SOCIO-JURÍDICO CHILENO: 1. *La Ley Zamudio*; 2. *El caso Atala Riffo y Niñas*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 365 del Código Penal (en lo sucesivo CP)² constituye un claro ejemplo de discriminación por razón de orientación sexual. Así, este precepto tiene como principal ámbito de aplicación la penetración anal de un hombre a otro hombre³ mayor de 14 y menor de 18 años, libremente consentida. Esta figura solo

² Art. 365 CP. «El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio».

³ La práctica totalidad de la doctrina entiende por acceso carnal la introducción del pene y, al exigirse que la persona con la cual se yace sea del mismo sexo, solo un hombre puede ser sujeto activo y pasivo del delito. No obstante, Carnevali (2001:13-18) entiende que, con ocasión al delito de violación, el acceso carnal también comprendería el caso en que una mujer obliga, por ejemplo, con violencia o intimidación a que

se aplica a hombres homosexuales, en contraposición de las relaciones sodomíticas entre heterosexuales y lesbianas que resultan atípicas en el derecho penal chileno⁴. La discriminación no solo afecta a la víctima, sino también al autor del delito, y que se concretiza en la estigmatización que conlleva todo proceso penal, la sentencia condenatoria y el eventual cumplimiento de la pena de prisión. Incluso, la aplicación de la Ley 18 216 que establece penas sustitutivas a las penas privativas de libertad, al requerir como condición general la ausencia de reincidencia, es decir, a tener relaciones sexuales con mayores de 14 años y menores de 18 años, constituye también una vulneración a su autonomía sexual bajo la amenaza de una pena. A lo anterior, hay que añadir los perjuicios expresos y latentes que se derivan de la inscripción en el Registro General de Condenas.

Con la entrada en vigor de la Reforma de la Constitución Política de la República (en lo sucesivo CPR) de 2005 y, en especial, con la nueva regulación del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este delito era firme candidato para ser expulsado de nuestro sistema penal. Así, el 13 de abril de 2010 la Defensoría Penal Pública presentó ante el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) un requerimiento de inaplicabilidad en la causa seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete contra Sepúlveda Álvarez. El 14 de octubre de 2010 la Defensora Nacional acompañó un informe en derecho, firmado por 14 profesores de derecho penal, sosteniendo la inconstitucionalidad del art. 365 del CP.

El requerimiento presentado por la Defensoría Penal Pública invocó los siguientes preceptos de la CPR vulnerados por este delito: la dignidad de la persona (art. 1, inc. 1), una discriminación arbitraria que viola el derecho de igualdad ante la ley (art. 19.2 inc. 2 CPR); el derecho a la intimidad y a la vida privada (art. 19.4), libertad personal (19.7) e intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales (19.26). Además, el informe en derecho citado (2010: 44-48) añadió la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Desafortunadamente, la STC Rol 1683-2010 no acogió ninguna de estas causales, justificando su decisión principalmente en el principio del interés superior del menor.

uno hombre la penetre. Si se aceptara esta tesis, entonces llegaríamos a la conclusión de que la persona a la que se penetra también sería penalmente responsable, en este caso, por la Ley 20 084 de Responsabilidad Penal Juvenil. No obstante, esta conclusión no resulta tan descabellada si entiende que lo protegido por este delito es una determinada concepción moral de la sexualidad.

⁴ De acuerdo con la doctrina penal chilena y, en especial, con interpretación restrictiva que realiza la STC Rol 1683-2010, Cons. 16º, la «expresión accediere carnalmente» se limita a la penetración genital del ano del menor, excluyéndose, por tanto, la penetración bucal.

Este estudio no se centrará en comentar la citada sentencia del TC, ni tampoco ahondará en las causales de inconstitucionalidad presentadas por el requerimiento de inaplicabilidad (en extenso, Bascuñán, 2012: 124 y ss.), sino que se intentará aportar nuevas razones para expulsar este delito de nuestro sistema penal, ya sea a través de una reforma legislativa, ya sea a partir de la presentación de un nuevo requerimiento de inaplicabilidad. Así, se articulará en dos apartados. El primero realizará una aproximación conceptual del mandato de no discriminación por razón de orientación sexual a partir de la distinción (estructural) entre principios y reglas y de las formas de control de constitucionalidad aparejadas a cada una de ellas. El segundo apartado abordará cuál ha sido la opción (implícita) del Estado chileno con posterioridad a la citada STC⁵.

II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA

La dogmática de los derechos fundamentales ha desarrollado tres cuestiones relacionadas con el tema que nos ocupa: el anclaje de esta prohibición en los textos constitucionales, en especial, cuando no existe ninguna disposición constitucional que lo tipifique expresamente; sus diferentes conceptualizaciones estructurales y formas de control de constitucionalidad aparejadas a estas. Además, se añadirá un problema contingente a la STC Rol 1683-2010 relacionado con el fundamento fáctico requerido a la hora de determinar la constitucionalidad de una norma.

1. EL RECONOCIMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL COMO UNA NORMA ADSCRITA A UNA DISPOSICIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Cada vez que el TC acude a los derechos fundamentales para resolver un caso cuya solución no emana directamente del texto constitucional, debe jus-

⁵ A fecha de la finalización de este estudio, se ha presentado un nuevo requerimiento de inaplicabilidad: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante respecto del art. 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. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=3205>

tificar de antemano el contenido de su decisión. Este proceso recibe el nombre de «concreción». Así, por ejemplo, la doctrina partidaria del juicio constitucional de proporcionalidad disgrega la noción de derecho fundamental en disposición, norma y posición de derecho fundamental. La disposición de derecho fundamental hace referencia al enunciado constitucional que tipifica un derecho fundamental; las normas de derecho fundamental constituyen el conjunto de significados prescriptivos expresados en las disposiciones de derecho fundamental, que pueden determinarse expresamente en la propia disposición o que son fruto del resultado de la interpretación de estos enunciados constitucionales. Así, la prohibición de discriminación por razones personales y, en especial, por orientación sexual, al no estar expresamente tipificada en la CPR, requiere un proceso interpretativo que otorgue la categoría de norma de derecho fundamental. El último elemento lo constituye la posición de derecho fundamental en sentido estricto como, por ejemplo, la prohibición de excluir como miembro de las Fuerzas Armadas a minorías sexuales (Bernal, 2005: 82).

Dentro de la tipología de las posiciones de derecho fundamental debemos destacar la de defensa que tienen por objeto una abstención por parte del Estado, en nuestro caso, la prohibición de castigar una determinada conducta. Aquí, entonces, la norma adscrita a una disposición de derecho fundamental sería la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual y la posición de derecho fundamental se concretaría en la prohibición de castigar penalmente las relaciones sexuales libremente consentidas entre hombres.

En el control de constitucionalidad de las leyes, el TC debe contestar a tres preguntas. En primer lugar, debe determinarse qué es aquello que prescribe la disposición *ius fundamental* (normas adscritas y posiciones de derecho fundamental). En segundo lugar, debe determinar qué prescribe la norma sometida al control de constitucionalidad. Y, en tercer lugar, el TC debe concluir si lo prescrito por esta norma penal contradice algunas las normas o posiciones de derecho fundamental prescritos por la disposición *ius fundamental*. En nuestro caso, el TC deberá establecer, en primer lugar, si la discriminación por razón de orientación sexual se encuentra comprendida en una disposición o enunciado de derecho fundamental (premisa mayor). En segundo lugar, deberá establecer qué prescribe (realmente) en el art. 365 CP (premisa menor). Y, en tercer lugar, el TC deberá subsumir la premisa menor como un caso de la premisa mayor (fundamentación interna).

En nuestra CPR podemos encontrar varias disposiciones de derecho fundamental a las que podemos adscribir la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual.

El art. 1 CPR establece: «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]. 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». El art. 4 CPR proclama: «Chile es una República democrática», constituyendo un eje central de dicho sistema político la inclusión de todos los miembros de una comunidad nacional. En consecuencia, la discriminación es una circunstancia reñida con el bien común y con el Estado democrático de derecho (Cisternas, 2005: 3). El art. 5, inc. 2 CPR, al indicar que «el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana», y si consideramos a la sexualidad como un derecho que reconoce una condición intrínseca de la persona, entonces este constituye uno de los límites consagrados en este precepto constitucional. Y, por último, el art. 19.2 CPR menciona expresamente una categoría personal, al establecer que «hombres y mujeres son iguales ante la ley» y, por tanto, la orientación sexual puede ser considerada una condición personal análoga a esta.

No obstante, y de acuerdo con Cerdá (2005:211-214) la igualdad de trato y la prohibición de discriminación constituyen normas constitucionales diferentes, entre las que existe una clara diferencia estructural. Los números 2 y 3 del art. 19.2 CPR establecen la principal manifestación del principio general de igualdad, el denominado principio de igualdad de trato, entendido como la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y, por tanto, a que todos tengan igual derecho a invocar la protección de derechos que el propio ordenamiento jurídico reconoce. Así, la aplicación del principio de igualdad de trato se realiza entre sujetos que se encuentran en situaciones sociales equivalentes. En verdad, este mandato de equiparación supone el tratamiento igual de situaciones similares que, aunque no sean idénticas, estas se consideran irrelevantes para el disfrute de los mismos derechos. Junto al mandato de equiparación concurre como contrapartida el mandato de diferenciación. Estos constituyen las dos caras del principio general de igualdad. En este caso, se exige el tratamiento diferenciado de situaciones semejantes, pero conforme con unos presupuestos normativos que excluyan la arbitrariedad. Este imperativo de diferenciación evita que la igualdad ante la ley se traduzca en una uniformidad absoluta, tan injusta como la desigualdad.

En cambio, las prohibiciones de discriminación constituyen límites especiales que excluyen la posibilidad de que, por ejemplo, la raza, el sexo o la ideología sean tomados en cuenta a la hora de aplicar el principio de igualdad de trato diferenciado. Estamos ante una norma adscrita que tiene su anclaje constitucional en el principio de dignidad de la persona (arts. 1 y 5 CPR).

No obstante, lo que debe destacarse, no es tanto determinar cuál de estas disposiciones de derecho fundamental es la correcta, sino el considerable número de ellas a los que se le puede adscribir el mandato de no discriminación

por razón de orientación sexual, hecho que por sí tiene una fuerza argumentativa nada despreciable.

2. ¿UNA REGLA, UN PRINCIPIO O UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA?

El mandato de no discriminación de minorías sexuales en el ámbito del control de constitucionalidad puede conceptualizarse como una regla constitucional y, por tanto, el test o proceso interpretativo correspondería al de subsunción. También, puede considerarse como principio constitucional que tendría como estándar de constitucionalidad el clásico juicio de razonabilidad o el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Y, por último, desde una posición intermedia, esta prohibición puede ser entendida como una norma que tiene un mayor peso en el proceso interpretativo y, por tanto, en casos excepcionales podría ser derrotada por otro principio o regla. Estamos ante las denominadas categorías sospechosas a las que se aplican, como parámetro de constitucionalidad, los denominados test de escrutinio estricto.

2.1. *El mandato de no discriminación como regla o prohibición absoluta*

De la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual considerada como regla se derivan dos efectos: uno negativo, la prohibición de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial por el mero hecho de permanecer a un colectivo social que sufre discriminación; y otro positivo: la licitud (diríamos «especial licitud») de acciones positivas en su favor, pero de un modo más incisivo de las que se derivan del principio material de igualdad (Bilbao y Rubio, 1998: 235). Aquí, nos centraremos en su aspecto negativo.

La mayor protección constitucional que puede otorgarse a las personas o colectivos que sufren discriminaciones por razón de orientación sexual consiste en articular esta como una regla constitucional que excluya, por tanto, cualquier tipo de justificación de tipo ponderativo. Estamos ante posiciones *iusfundamentales* definitivas que se hacen valer mediante la subsunción y que no toleran otras disposiciones que puedan jugar en su contra o que puedan soslayarse con cualquier canon de racionalidad como la finalidad perseguida por la ley, su pertinencia, el apoyo social o por razones históricas (Jiménez, 1983: 83). Así, establecidas las condiciones de aplicación de esta regla constitucional deberá declararse inconstitucional cualquier tipo de norma o acto jurídico que cumpla con estas.

En cuanto a los preceptos constitucionales que permiten en mayor medida la comprensión del mandato de no discriminación como una regla son aquellos que hacen referencia al principio de dignidad de la persona.

El propio TC se ha pronunciado con anterioridad en un *obiter dictum* sobre la prohibición de discriminación por razones personales, que parece acercarse a una comprensión de esta como una prohibición absoluta. Así, con ocasión de la STC del 6 de marzo de 2008, Rol 829-07-INA, que abordó la constitucionalidad de la regla de penalidad contemplada en el art. 450, inc. 1 CP, el TC declara en su decimonoveno cons. lo siguiente:

Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. De ese modo, el trato diferente no **depende de características personales** como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacionalidad del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar **inaceptable** para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito⁶.

En este *obiter dictum* el TC parece entender la prohibición de discriminación por razones personales como una regla constitucional al entender esta como «inaceptable».

Como conclusión y a estas alturas del desarrollo de los derechos fundamentales en la protección de la libertad sexual, la inconstitucionalidad del art. 365 CP es tan manifiesta que no deja espacio para la duda razonable (Gunter, 1991:601).

2.2. *El mandato de no discriminación por razón de orientación sexual como un principio: ¿una finalidad constitucional ilegítima?*

Si entendemos que la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual no se encuentra estructurada como una regla constitucional o, como veremos en el posterior apartado, como una *categoría sospechosa*, entonces, debemos entender esta como un principio y, en este caso, aplicar el juicio general de razonabilidad o proporcionalidad (Bernal 2002: 56). La propia STC Rol 1683-2010 parece tomar como referencia esta forma de concretar los derechos fundamentales, puesto que acude a la legitimidad de finalidad de la medida como principal fundamento para declarar su constitucionalidad, expresada en el principio general del interés del menor.

El mandato de tratamiento diferenciado requiere una justificación razonable respecto de la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo tener presente para ello «una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC español 75/1983, FJ 2).

⁶ Negrita nuestra.

En el mismo sentido, la STC Rol 170-2010 que declaró inconstitucional el art. 38 de la Ley de Isapres, sostuvo que «las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco *prima facie* arbitrarias, siempre que respondan a una finalidad razonable». Por tanto, se exige como presupuesto para su aplicación la concurrencia de un presupuesto: que la finalidad perseguida por el legislador sea legítima⁷. Y la cuestión que subyace, por tanto, es si el art. 365 CP persigue una finalidad constitucionalmente legítima.

Para determinar la legitimidad constitucional de una ley adoptamos una posición amplia sustentada en el «principio de libertad de fines del legislador», que incluye no solo los derechos fundamentales, sino otras normas (bienes constitucionales) o cualquier otro fin no recogido en la Constitución, siempre y cuando no se encuentre prohibido por esta (Bernal, 2005: 692 y ss.). A la vista de esta regla interpretativa podemos entender que, desde un punto de vista estructural, cuando hablamos de fines constitucionalmente ilegítimos nos estamos refiriendo a normas estructuradas como reglas y, por lo tanto, resurge la concepción del mandato de no discriminación por razón de orientación sexual como una prohibición absoluta.

Este juicio se estructura en dos fases. La primera consiste en determinar cuál es el fin que la ley pretende favorecer y la segunda en corroborar si trata de un fin constitucionalmente legítimo. El TC, como hemos mencionado, concluyó que el principio del interés superior del menor constituía el fin legítimo perseguido por el art. 365 CP⁸.

No obstante, no basta con reproducir la finalidad aducida por el legislador, sino que debe determinarse cuál es la *verdadera finalidad* de la ley sometida al control de constitucionalidad. En primer lugar, debemos matizar que el principio del interés superior del menor no solo constituye una finalidad, sino que también supone un mecanismo de resolución de conflictos entre derechos e intereses constitucionales. La supuesta finalidad del art. 365 CP, si entendemos que estamos ante menor, radicaría en la protección de su indemnidad sexual en contraposición de su libertad y autonomía sexual. Ahora bien, esta finalidad desaparece cuando se ha alcanzado la mayoría de edad sexual que, recordemos en nuestro sistema penal comienza a los 14 años, salvo que concurra algunas de las causales del delito de estupro

⁷ La mayor parte de la doctrina encuadra el juicio sobre la legitimidad del fin en el subprincipio de idoneidad (Bernal 2005: 690 y ss.). No obstante, como constituye a la vez el primer aspecto de análisis del juicio de idoneidad, a efectos prácticos, puede considerarse un presupuesto del principio de proporcionalidad.

⁸ Es especial, tomo como referencia el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño.

(art. 363 CP). Por tanto, como el art. 365 CP castiga relaciones sexuales libremente consentidas, entonces la indemnidad sexual, como una manifestación del principio de interés superior, no puede constituir la finalidad perseguida, porque, precisamente, no existe realmente una indemnidad sexual que proteger⁹. Recordemos que tampoco la sentencia del TC justifica porqué un menor homosexual hombre requiere de una especial protección penal en contraposición de los menores heterosexuales y lesbianas. Entonces ¿cuál es la finalidad perseguida? Pareciese que nos encontramos ante la protección de una determinada moral sobre la sexualidad.

Establecida la verdadera finalidad del art. 365 CP, debemos determinar si esta se encuentra prohibida por la CPR. Tenemos que tener presente que, de acuerdo con el principio de deferencia al legislador, este cuenta con un amplio ámbito de libertad para elegir los fines de la norma (racionalidad instrumental) y para adecuar la intervención al fin perseguido (racionalidad valorativa) en el seno del proceso de formación de la voluntad política. Como hemos mencionado, esta libertad solo se encuentra constreñida por aquellos fines que han sido proscritos definitivamente de la Constitución y, en caso contrario, estos fines deben ser considerados como principios que expresan razones *prima facie*. Aquí, debemos diferenciar entre prohibiciones *prima facie* y definitivas. Son prohibiciones definitivas aquellas en las que el fin del legislador no solo

⁹ Esto no obsta para que los jóvenes con capacidad de consentir libremente una relación sexual no se encuentren protegidos por el principio del interés superior del menor. La Convención del Derechos del Niño (art. 5) introduce el principio de las capacidades evolutivas, el cual tiene profundas implicaciones. Dicho principio fue adoptado por la Declaración de Derechos Sexuales de la Federación Internacional de Planificación de la Familia, al afirmar que «los derechos y protecciones garantizados para las personas menores de dieciocho años de edad difieren de los de los adultos y deben tomar en cuenta las capacidades evolutivas del menor como individuo para ejercer sus derechos en su propio nombre. Aquí, por tanto, el interés superior del niño, no se manifiesta en la protección de su indemnidad sexual, es decir, cuando se presume o establece que no tiene la capacidad para consentir o esta se encuentra viciada, sino en ofrecer apoyo o resguardos a la hora de ejercer su libertad sexual. Además, el principio del interés superior de niño se encuentra limitado por el principio de no discriminación (art. 2). En conclusión, el interés superior del niño constituye un mecanismo o garantía de sus derechos que, en el ámbito, de las relaciones sexuales, puede constituir un límite o una protección en su ejercicio. En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia (Cillero, 1999: 55).

no encuentra apoyo en un precepto constitucional, sino que, por el contrario, el mismo está prohibido en virtud de uno o varios preceptos constitucionales que funcionan en el razonamiento como reglas, es decir, como normas susceptibles de ser aplicadas sin necesidad de ponderación alguna. Dentro de estas prohibiciones debemos incluir la finalidad de imponer unas determinadas pautas morales autorreferentes y, en general, para sancionar conductas *inmorales* que no implican daño a terceros (Lopera, 2006:362). La persona, no puede ser restringida por una concepción moral de la sexualidad, puesto que se atenta contra aquellos derechos individuales para elegir y materializar ideales de vida (Nino, 1989: 30).

Pues bien, el art. 365 CP, después de desenmascarar su verdadera finalidad, sería uno de los denominados casos fáciles en el control de constitucionalidad de una ley penal: está proscrito el castigo de conductas cuyo fundamento se centre exclusivamente en la orientación sexual (Roxin, 1997: 52-56). No existe ninguna razón de principios ni tampoco ninguna evidencia empírica que muestre que estas conductas generen una lesión o puesta en peligro de la indemnidad sexual respecto de la misma conducta realizada por heterosexuales. Realmente no existe una vulneración del bien jurídico protegido (la indemnidad sexual del menor) que, por cierto, se encuentra profusamente protegido por los delitos de violación impropia, estupro, abuso, producción y comercialización de material pornográfico infantil, favorecimiento a la prostitución de menores, entre otros.

Una importante regla dogmática se deriva de una prohibición constitucional definitiva. Así, y de acuerdo, con el sistema escalonado del juicio de proporcionalidad, si se constata que nos encontramos ante una finalidad prohibida constitucionalmente no debe continuarse con la aplicación de los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto y, en general, debe evitarse soslayar esta prohibición con una suerte de ponderación.

2.3. Una breve referencia a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad del art. 365 CP

No obstante, si aceptamos, no sin cierto sonrojo, que el art. 365 CP persigue una finalidad legítima, entonces debemos pasar a dirimir si esta injerencia en los derechos fundamentales resulta idónea, necesaria y proporcionada a esta pretendida finalidad.

En cuanto al juicio de idoneidad, debemos preguntarnos si el castigo de una relación sexual consentida conlleva a alguna contribución positiva al logro del fin legislativo, aunque esta sea mínima o parcial. Si partimos del hecho de que un adecuado y libre desarrollo de la sexualidad de los menores, pero sexualmente mayores de edad, forma parte también del principio del interés

superior del menor, entonces el castigo de este no puede considerarse un medio idóneo desde ningún punto de vista.

El juicio de necesidad se pregunta si existe una medida, al menos, de una misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin constitucionalmente legítimo y, que, a la vez, conlleve un menor menoscabo en los derechos fundamentales. Existen, por supuesto, medidas alternativas igual de idóneas y menos intrusivas en los derechos fundamentales, como, por ejemplo, la imposición de un tratamiento médico o terapéutico destinado a *curar* la homosexualidad del hombre infractor. Pero, por supuesto, tal medida, aplicada en otros tiempos, es considerada también inadmisibles y prohibida.

Por último, en cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, la aplicación de una pena privativa de libertad con los efectos directos o latentes que esta conlleva, resulta gravemente desproporcionada, no solo en cuanto a la restricción de libertad que conlleva la aplicación de una pena, sino también respecto a la restricción de libertad que presupone todo injusto penal. Y, a mi entender, sería el único camino posible que le cabría al TC, si mantiene su comprensión del mandato de no discriminación por razón de orientación sexual como un principio sometido al juicio de razonabilidad.

2.4. El mandato de no discriminación por razón de orientación sexual como una categoría sospechosa: el juicio estricto de constitucionalidad en el derecho estadounidense

El tercer nivel de protección constitucional que la dogmática y jurisprudencia comparada han otorgado a la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual consiste en entender esta como una categoría sospechosa. Desde un punto de vista estructural, esta puede catalogarse como una regla que puede ser derrotada en casos excepcionales o como un principio que ostenta un mayor peso o prioridad en caso de conflicto con otros principios o reglas¹⁰.

¹⁰ El TC no se ha pronunciado hasta ahora en forma expresa respecto a la conceptualización de las categorías sospechosas ni sobre el test de constitucionalidad aplicable. No obstante, el voto de minoría de los ministros Vodanovic, Carmona y Viera-Gallo en la STC Rol 1683-10 realiza una mención a las categorías sospechosas como un test estricto de proporcionalidad. Otro caso se encuentra en el voto particular concurrente de los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, en la STC Rol 1881-INA, relativa al requerimiento de inaplicabilidad del art.102 del Código Civil, en la medida que se restringe el matrimonio solo entre un hombre y una mujer.

Las categorías sospechosas parten de la idea de que la presunción de constitucionalidad no debe operar respecto de todas leyes, ya que resulta posible —y así sucede— que se presenten determinadas características que impidan que una determinada ley se beneficie de una presunción de validez (Ferrerres, 2007:148). Uno de estos concurre cuando la norma infraconstitucional tiene como fundamento o se aplica a contextos *sospechosos* de vulnerar los derechos fundamentales respecto de determinados grupos de personas (Gunther, 1991: 601-602).

A la vez, esta posición mantiene que las prohibiciones de discriminación no proscriben, sin excepción, injerencias por parte del Estado o terceros, es decir, niega la existencia de un contenido esencial e intangible de los derechos implicados. Ante estos casos, se aboga por la necesidad de justificar con razones muy poderosas la excepción discriminatoria.

Esta presunción se materializa con la aplicación de un criterio de razonabilidad más severo, denominado como el «test» o «estándar de escrutinio estricto» (Ferrerres, 2007: 223). Para que esté justificada esta mayor sospecha es necesario que el grupo pertenezca a un grupo social y políticamente vulnerable. Huelga decir que la orientación sexual constituye un contexto sospechoso cuando las personas afectadas por una injerencia estatal son los homosexuales. A lo anterior debemos recordar que esta actitud de sospecha debe incrementarse cuando la fuente de discriminación nace del poder punitivo, ya que estamos ante la mayor injerencia estatal en los derechos fundamentales.

Esta forma de control de constitucionalidad nos delimita en mayor medida la controversia constitucional y la norma o posición de derecho fundamental. No toda discriminación por orientación sexual constituye siempre una categoría sospechosa, sino solo aquellos casos en que concurre un grupo vulnerable. En este sentido, debemos tener presente dos supuestos de discriminación por razón de orientación sexual, una que dice solo relación a esta propia condición personal, es decir, solo se tiene en cuenta si la orientación sexual ha sido el criterio para crear o aplicar una determinada norma infraconstitucional, en la que podría aplicarse el test básico de proporcionalidad o, incluso, uno intermedio. En cambio, el segundo añade otra condición de aplicación: que la discriminación haya afectado a un grupo vulnerable, como es el caso de los homosexuales.

2.5. *El estándar estricto de constitucionalidad en el derecho estadounidense*

La doctrina y jurisprudencia estadounidense han desarrollado tres estándares de constitucionalidad a la hora determinar si una norma establece

una medida contraria al principio de igualdad: el básico, el intermedio y el estricto. Dependiendo del nivel de escrutinio aplicado se le exigirá al Estado un mayor o menor carga de la prueba o, mejor dicho, de la argumentación a la hora de fundamentar la constitucionalidad de la norma sometida al control de constitucionalidad¹¹. En este sistema de control de constitucionalidad articulado entre tres estándares, la selección de uno de estos tiene incluso más relevancia que el análisis de los intereses en conflicto (Chemersky 2016:694).

El test básico establece como requisito previo de constitucionalidad que la norma se encuentre racionalmente ligada un fin legítimo. La consecución de este fin no debe ser actual, sino uno posible o concebible. Además, la carga de la argumentación recae sobre quién presenta la acción de inconstitucionalidad (Chemersky 2016: 694-698).

La presunta finalidad legítima ha sido aplicada como parámetro de constitucionalidad en casos de discriminación por razón de orientación sexual. Así, en *Romer v. Evans* (517 U.S. 635, 1996), la Corte Suprema estadounidense (en lo sucesivo CSE) declaró inconstitucional la enmienda 2 de la Constitución de Colorado, aprobada por iniciativa popular, que derogaba toda la normativa en protección de gais, lesbianas y bisexuales, prohibiendo, además, la promulgación por parte de las instituciones del Estado cualquier tipo de acción a favor de estos grupos de personas. El voto de mayoría entendió que no concurre una finalidad legítima porque, en realidad, lo que busca es discriminarlos del resto de los ciudadanos.

No obstante, la exclusión de la moralidad sexual como una finalidad ilegítima es una cuestión mucho más problemática en la cultura jurídica estadounidense. El propio Hart (1980: 172-164) entiende que en los casos de las leyes en que se justifica el castigo de la homosexualidad por cuestiones

¹¹ La doctrina ha criticado la rigidez del sistema de control de constitucionalidad estadounidense articulado en tres niveles, ya que, en realidad, existen o deberían existir más de tres tipos o escrutinios. Desde una perspectiva descriptiva, se pueden encontrar en la actualidad un conjunto de estándares de constitucionalidad que supera los tres establecidos por la CSE. Así, se puede constatar que, a pesar de mencionar expresamente el test básico de racionalidad, los tribunales suelen exigir algo más y, por tanto, limitando el principio de deferencia hacia el legislador. De la misma manera, encontramos casos donde el test de escrutinio intermedio es aplicado de manera más rigurosa, es decir, aproximándose al test de escrutinio estricto. Además, la propia CSE ha desarrollado y aplicado otras clases de test, como el denominado «de la carga injustificada» (Chemersky 2016:694-698).

morales deben considerarse, desde una perspectiva constitucional, como una razón legítima y de suficiente peso. Ferreres crítica esta argumentación, ya que entonces debería aceptarse que la creencia mayoritaria de que los matrimonios interraciales resultan inmorales constituye una razón suficiente a favor de su constitucionalidad, consecuencia que el propio Hart desde luego no acepta (Ferreres, 2007: 241)¹².

El segundo test de constitucionalidad es el denominado «escrutinio intermedio», en este caso la cláusula performativa consiste en que la norma sometida a control debe poseer una relación sustancial con un importante fin o propósito social. Este test se aplica a varios contextos sociales de discriminación como el género o sexo, menores, extranjeros indocumentados, además de cuestiones relacionadas con la educación (Chemerinsky, 2016:553).

Por último, el test de constitucionalidad menos deferente con legislador es el denominado «escrutinio estricto». Aquí, el legislador debe establecer que la finalidad de ley resulta vital o imperiosa. Esta cláusula traslada al propio legislador la carga de la argumentación a la hora de establecer que la norma constituye la forma menos restrictiva, en términos de derechos fundamentales, de alcanzar esta finalidad imperiosa.

El test de escrutinio estricto opera sobre cinco áreas del derecho: libertad de expresión, de asociación y religiosa, los casos más graves de discriminación (categorías sospechosas) y ciertos derechos fundamentales básicos¹³. Este test se justifica en la necesidad de buscar un equilibrio entre la obligación de dar

¹² En el mismo sentido, el voto disidente de la citada sentencia entendió que esta enmienda constituye un juicio moral aceptable por parte de los votantes que intenta «preservar la tradicional moral sexual en contra de un poderoso grupo minoritario que pretende cambiar esta a través del uso del derecho» (Chemerinsky, 2016:698-70).

¹³ La primera vez que la CSE usó el término «escrutinio estricto» fue en 1942, precisamente en el derecho penal, relacionado con una temprana versión de la conocida regla de penalidad «three strikes law». En este caso, se discutió una ley estatal de Oklahoma que permitía la esterilización de personas condenadas por delitos contra la moral. En lo que nos interesa, la CSE, tras manifestar que la procreación constituye uno de los derechos civiles básicos, declaró que un «escrutinio estricto de esta medida es esencialmente una discriminación odiosa realizada contra grupos o clases de personas que atenta contra la garantía constitucional de un justo e igualitario derecho». Debe tenerse presente que en *Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938), la CSE usó el término «more searching judicial inquiry». En los años posteriores este test de constitucionalidad se aplicó a la libertad de expresión y al principio de igualdad (*Equal Protection Clause*). A finales de los años cincuenta, el juicio de escrutinio estricto se amplió a la libertad de asociación y religión. Por último, la CS estadounidense aplicó el estándar de escrutinio estricto a las injerencias en libertades y garantías básicas como el derecho

una mayor protección al contenido esencial de ciertos derechos fundamentales y, a la vez, ofrecer a los poderes públicos una vía para fundamentar una medida que los afecte a través del denominado interés perentorio y especialmente necesario. El estándar de escrutinio estricto también ha sido considerado como una barrera contra las políticas de reducción del Estado de bienestar. Stout manifiesta que cuando el legislador bordea los derechos fundamentales normalmente se manifiesta en un reajuste de la redistribución de la renta de los más necesitados (1992: 1787-1834).

A partir de la jurisprudencia del juez Douglas, este test de constitucionalidad se ha estructurado en dos fases. La primera está destinada a determinar si la finalidad perseguida por la ley o por el Gobierno resulta *imperiosa*. La práctica judicial entiende esta finalidad imperiosa como un examen sobre la relevancia *social* de los objetivos perseguidos por la norma sometida al control de constitucionalidad («compelling interest analysis») (Linde, 1993: 211-219)¹⁴. La segunda etapa determina si la norma constituye la alternativa menos restrictiva para los derechos constitucionales (Winkler, 2006: 800-803, n.22). Aquí, se sopesan el impacto en los derechos fundamentales y los beneficios sociales de la ley.

El entendimiento del juicio de escrutinio estricto como una suerte de ponderación de contrapesos refleja una disputa entre dos concepciones sobre la interpretación constitucional representados por los magistrados de la CSE Hugo Black y Felix Frankfurter. Black concibe los derechos fundamentales como un conjunto de reglas absolutas que prohíben ciertas actividades del Gobierno. Frankfurter, por el contrario, entiende que la comprensión de los derechos fundamentales como categorías absolutas genera un conflicto imprudente o incensario entre el Poder Judicial y el resto de los poderes elegidos democráticamente. En sustitución propone un juicio de ponderación justa o

al sufragio. Véase en extenso y jurisprudencia citada en Winkler (2006: 800-801, n. 39 y 40).

¹⁴ Uno de los casos tratados por la CSE donde se planteó que una finalidad imperiosa que podría justificar una discriminación fundamentada en la raza o etnia es la relativa la separación o dispersión de presos. Así, la justificación de esta medida versó sobre la necesidad de prevenir la violencia entre bandas en California, donde la Administración penitenciaria de este Estado afirmó que resultaba virtualmente imposible que dos presos de distintas razas puedan convivir pacíficamente en una celda, puesto que las cárceles californianas están de facto estructuradas en bandas criminales. La CS no decidió sobre el fondo del asunto, pero sí estableció el escrutinio estricto como estándar de constitucionalidad. *Johnson v. California et al.* 543 U.S. 499 (2005), (Chemerkinsky, 2016: 726).

equitativa entre los intereses contrapuestos y, por tanto, una concepción de los derechos fundamentales como principios en conflicto (Winkler, 2006: 804).

Por tanto, el test de escrutinio estricto compatibiliza dos concepciones sobre el control de constitucionalidad: la presunción de la inconstitucionalidad, el cambio de la carga de la argumentación al legislador y la exigencia de que la finalidad resulte imperiosa tienen como referencia la concepción de la protección de los derechos fundamentales como un sistema de reglas o prohibiciones absolutas; y, en cambio, la posibilidad de que esta presunción pueda ser *derrotada* a partir de una ponderación o balance de los intereses en juego parte de una concepción principialista de los derechos fundamentales.

Sin duda, el estándar del escrutinio estricto en el derecho estadounidense tiene su mayor impacto en los casos de discriminación racial. La CSE, con ocasión de la normativa sobre segregación en la educación pública, estableció a partir de mediados de los años cincuenta del pasado siglo que esta diferenciación resulta inherentemente discriminatoria y, por tanto, inconstitucional (Chemmerinsky: 688-699). A partir de la Sentencia *Carolene Products*, la CSE reconoció dos clases de test de constitucionalidad. Así, junto al *test básico de racionalidad* se introdujo un test estricto respecto de aquellas normas o actos del Gobierno que afecten a ciertas minorías. Así, a partir de esta sentencia, cualquier calificación racial es considerada como sospechosa de una finalidad discriminatoria.

Aunque la CSE no ha establecido con claridad los criterios para determinar el tipo de escrutinio en los casos de categoría sospechosas, la doctrina ha sistematizado cuatro de ellos (Chemmerinsky, 2016: 688-699). En primer lugar, la CSE ha enfatizado como criterio la concurrencia de características inmutables de las personas sobre el que recae la norma, como por ejemplo la raza¹⁵. El segundo criterio reside en la posibilidad de que el grupo diferenciado pueda protegerse a través de los mecanismos legales establecidos por el derecho, como sucede con los extranjeros que no suelen tener derechos de sufragio. El tercero se centra en determinar si un determinado grupo de personas ha sufrido a lo largo de la historia de manera sistemática y generalizada actos de discriminación. Y el cuarto criterio se centra en desenmascarar si la

¹⁵ No obstante, este criterio es cuestionado desde dos perspectivas. La primera pone en evidencia que el escrutinio intermedio se aplica a los casos de diferenciaciones biológicas, por ejemplo, entre hombres y mujeres; y la segunda, es que existen casos en que resulta discutible la inmutabilidad de las características y, sin embargo, se aplica el estándar estricto de constitucionalidad, como, por ejemplo, la pertenencia a una religión minoritaria que es característica mutable, ya que resulta posible dejar de pertenecer a un grupo religioso (Chemmerinsky, 2016: 688).

supuesta finalidad aducida por el legislador refleja, realmente, un prejuicio contra un determinado grupo de personas.

Una cuestión interesante discutida por la doctrina estadounidense es el impacto de este test de constitucionalidad en las relaciones institucionales con los poderes legislativo y ejecutivo, y que, si finalmente este es aplicado por nuestra jurisdicción constitucional, seguramente se reproducirá en el debate académico, político y mediático. Desde que Gunther (1972: 8) acuñara el término «strict in theory and fatal in fact» se ha generado un mito que da a entender que estamos ante un test de constitucionalidad inflexible que invalida toda norma que controla o la mayor parte de ella. Como consecuencia de varios fallos de la CSE de mediados de los años sesenta del pasado siglo, donde se expandió la protección de los derechos fundamentales (Warrent Court), en 1971 y bajo la presidencia de Nixon se nombraron dos nuevos jueces (William Rehnquist y Lewis Powell) que reprodujeron una de las principales críticas de la administración de Nixon hacia la Corte Suprema: entender esta como liberal y expansionista. A partir de aquí se creó el mito que hacía entender que cualquier injerencia a los derechos fundamentales controlado por el test de escrutinio estricto irremediablemente sería declarado inconstitucional.

No obstante, en los últimos años, Winkler (2016: 808 y ss.) ha puesto de manifiesto que esta concepción sobre este test de constitucionalidad ha cambiado, en especial debido a la magistrada O'Connor. Así, este juicio no debe verse como un obstáculo insalvable que invalida de manera indiscriminada cualquier ley, sino un estándar de control donde el contexto social tiene relevancia. Esta inversión de la carga de la argumentación ha sido la que ha mantenido el mito del profesor Gunther, que si bien en los años sesenta tuvo algún sentido, en la actualidad carece de justificación empírica¹⁶.

La CSE, hasta el día de hoy, no ha determinado expresamente qué clase de escrutinio debe aplicarse a la discriminación fundamentada en la orientación sexual de una minoría, a pesar de que muchas de sus características coinciden con las que se presentan en los ámbitos sociales donde se aplica el escrutinio estricto, en especial si tenemos presente que estas minorías han sufrido una discriminación a lo largo de la historia de manera sistemática y generalizada y que las medidas adoptadas reflejan una percepción social y jurídica estructurada en estereotipos y prejuicios (Chemerinsky, 2016: 808). Hasta el año 2008, la mayoría de los tribunales estadounidense han aplicado el test o escrutinio básico, salvo un fallo de 1989 de la Corte del Noveno Circuito (*Watkins v. United States Army*) en el que se aplicó el test de escrutinio estricto.

¹⁶ Un reciente estudio arroja que un 30 % de casos donde la medida superó este test de constitucionalidad (Winkler 2006: 808).

A pesar de aplicarse el test básico de racionalidad, como hemos señalado con anterioridad, la CSE en *Romer v. Evans* invalidó, a partir de la legitimidad de la finalidad perseguida por la ley, una enmienda aprobada por iniciativa popular a la Constitución del estado de Colorado, en la que se prohibía cualquier política pública destinada a reconocer los derechos de las minorías sexuales.

Pero, sin duda, el fallo de la CSE de mayor relevancia respecto al tema que nos ocupa es *Lawrence v. Texas*, (539 US 558, 2003), donde se estableció que las legislaciones estatales no pueden prohibir relaciones homosexuales consentidas entre adultos. Así, la CSE declaró inconstitucional diferentes leyes penales contra la sodomía consentida entre adultos, anulando expresamente su anterior jurisprudencia en *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986). No obstante, a pesar de declarar inconstitucional estos delitos, no especificó el nivel de escrutinio aplicado (Chemersinsky, 2016: 809, n. 48).

A partir del año 2008 y como consecuencia de la jurisprudencia establecida en *Lawrence v. Texas*, se viene produciendo un cambio de tendencia en los tribunales inferiores estadounidense. Así, en el año citado, la Corte Suprema del estado de California en el caso *In re Marriage Cases*, sostuvo que las leyes que contienen una discriminación en material de orientación sexual deben estar sujetas a un escrutinio estricto. En octubre de 2012, la Corte de Apelación del Segundo Circuito *United States v. Windsor* concluyó que este tipo de clasificaciones debían someterse a un escrutinio intermedio. La CSE confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones. Así, estableció que las leyes federales que restrinjan el matrimonio solo al contraído entre heterosexuales vulneran la quinta enmienda de Constitución (*Due Procces Clause*). No obstante, la CSE tampoco especificó en este caso el tipo de test o escrutinio requerido.

Otro problema suscitado en *Lawrence* radica en el hecho de que solo se abordó las relaciones sodomíticas entre menores plenamente consentidas entre adultos y, por tanto, cabe preguntarse si esta doctrina resulta aplicable a los menores de edad. De hecho, en la propia sentencia se afirma que esta jurisprudencia no es aplicable en el caso de que participen menores. Efectivamente, varias cortes supremas estatales han negado la aplicación del precedente establecido en *Lawrence* a los casos de relaciones sodomíticas con un menor que si hubieran consistido en una penetración vaginal, estas hubieran sido legales¹⁷. Por el con-

¹⁷ La Corte Suprema del estado de Carolina del Norte negó la aplicación del precedente establecido en *Lawrence* al caso de un menor de 14 años que tuvo una relación sodomítica (oral) con su novia de 12 años. Si la relación sexual hubiera consistido en una penetración vaginal la conducta hubiera sido atípica de acuerdo con la legislación penal de este Estado. La Corte Suprema de Carolina de Norte tuvo presente la matización establecida en *Lawrence*: «El presente caso no afecta a menores». Además de no

trario, otra parte de la doctrina y jurisprudencia estadounidense ha extendido el derecho a la privacidad en las relaciones sexuales consentidas entre adultos reconocida en *Lawrence* a los menores, en los casos en que estos tengan reconocidos plena capacidad de consentimiento (en extenso, Allender, 2009: 1825-1858).

La Corte Suprema ha establecido que los derechos fundamentales protegen no solo a los adultos, sino también a los menores. Pero, a partir de la doctrina *parens patriae*, resulta constitucionalmente válido proteger los derechos de estos con una injerencia en los derechos fundamentales que, si fueran adultos, se considerarían como una violación de estos. La CSE ha establecido cuatro requisitos para aplicar la citada doctrina: a) la existencia de un *significativo interés*¹⁸; b) la especial vulnerabilidad de los menores; c) la incapacidad para tomar decisiones informadas, y d) la importancia de los padres en la educación de sus hijos. De esta manera, y bajo estos parámetros, los estados pueden establecer la edad penal para consentir una relación sexual.

Allender entiende que cuando el derecho penal prohíbe una relación sexual no tradicional en la que participa un menor que si fuera esta tradicional sería atípica, el legislador penal no tiene ningún interés bajo la doctrina del *parens patriae* e, incluso, tampoco de un interés general para justificar una injerencia en los derechos fundamentales de los adultos. Una vez que el legislador penal ha establecido la edad mínima para tener relaciones sexuales «tradicionales» plenamente consentidas, la prohibición de cualquier otra clase de relación sexual viola los derechos fundamentales implícitos en el concepto de libertad. Si bien, en *Lawrence*, al establecer que los adultos tienen un derecho fundamental a elegir la forma en que quieren relacionarse sexualmente, mencionó expresamente que el caso no involucraba a menores, la CSE tampoco abordó la constitucionalidad del delito de sodomía en el caso que participaran menores. Así, en contraposición con lo mantenido por las Cortes Supremas de Carolina del Sur y Virginia, esta advertencia significa que el derecho a la privacidad sexual puede ser limitado en el caso de menores como, por ejemplo, estableciendo una edad mínima de consentimiento, más que permitir una prohibición penal de mantener relaciones sodomíticas en las que participe un menor (Allender, 2009: 1825-1826).

aplicar la doctrina establecida en *Lawrence* y, a partir de la aplicación del test básico de racionalidad, entendió que la tipificación de la sodomía en las que participara un menor perseguía un interés legítimo: «la finalidad de prevenir conductas sexuales [no tradicionales] entre menores» (*In re R.L.C.*, 643 S.E.2d 920- 925, N.C. 2007).

¹⁸ Véase que el nivel de escrutinio es menor que el establecido para los adultos en los casos de derechos fundamentales (un interés imperioso). Esto supone una mayor deferencia hacia el legislador.

Efectivamente, no existe ningún interés significativo para castigar relaciones sexuales sodomíticas consentidas en las que participa un menor y, por tanto, el derecho a la privacidad sexual de adultos establecido en *Lawrence* debe extenderse a los menores con capacidad para consentir. Cuando el legislador penal establece la edad mínima para consentir una relación sexual, esto supone que el menor es considerado como adulto y, por tanto, se encuentra protegido también por el derecho a la privacidad (Allender, 2009: 1827)¹⁹.

3. INAPLICABILIDAD Y EL CRITERIO DE NORMALIDAD O GENERALIDAD DE LOS CASOS: LA TRAGICOMEDIA DEL CASO SEPÚLVEDA

Como veremos a continuación, a la vista de los hechos probados, la calificación jurídico penal de la sentencia que suscitó la STC Rol 1683-2010 y el informe en derecho que acompañó el requerimiento de inaplicabilidad, podemos afirmar que la tradición tragicómica es la mejor forma de explicar la brecha que se produjo entre la realidad de este caso y las percepciones sociales sobre el delito de sodomía.

La acusación del Ministerio Público calificó los hechos como constitutivos del delito previsto en el art. 365 CP, pero, a tenor de las pruebas presentadas por la propia fiscalía y de los hechos probados por el juez de garantía, pareciese que nos encontramos ante un delito de violación y/o abusos sexuales. Así, el juez de garantía conforme con las pruebas presentadas por las partes y en el marco de los límites establecidos por el principio acusatorio, manifiesta en el cons. octavo lo siguiente:

Que a pesar que el hecho no fue objeto de controversia por parte de la defensa del acusado; en cuanto a su efectividad fáctica; este quedó suficientemente acreditado a través del relato de la propia víctima, quien manifestó de manera suficientemente clara y precisa las circunstancias en las cuales sufrió una agresión sexual por parte del acusado, señalando que cuando tuvo que vivir en la casa de Cayucupil, inmueble perteneciente a su abuela, se quedaba solo, razón por la cual la madre de la víctima le pidió al acusado que lo acompañara en las noches, fue así que el año 2005 lo penetró analmente, esto no siguió sucediendo porque decidió contarle a su familia a principios del año 2006 [...]. Corroborando también la versión de la víctima, la testigo Marisol Del Carmen Aguilera Opazo, refirió a que su hijo le manifestó la situación de la violación que había sufrido y que esta situación no se había denunciado por miedo, en similares términos a los expresados por el agredido.

¹⁹ Como manifiesta la propia CSE: «Los derechos constitucionales no aparecen mágicamente cuando uno obtiene la mayoría de edad legal» *Danforth*, 428 U.S, p. 24, citada por Allender (2009: 1845).

Reforzando las anteriores declaraciones la psicóloga Danay Arlette Subiabre Del Mauro señaló que la víctima llegó a la posta de Cayucupil a pedir apoyo, y que fue ella quien efectuó la denuncia en el año 2008 [...]. El motivo de la consulta fue que venía sufriendo abusos sexuales desde los cinco años de edad y que cuando tenía trece años aproximadamente, había sufrido una violación, ante esta situación se preocupó porque estaban dejando a unos niños en la casa y que podían ser también víctima de lo mismo por parte de su agresor [...].

La explicación de esta falta de coherencia entre los hechos probados y la calificación jurídica puede ser doble: encontrarnos ante una clara deficiencia en la calificación de los hechos por parte del fiscal o ante un caso de calificación jurídica «estratégica», como sucede, por ejemplo, con el delito de recepción, donde una parte considerable de las condenas por este delito esconden la comisión de delitos de hurto o robo.

Hasta aquí lo trágico, ahora veamos la comedia. Los profesores de derecho penal que participamos en el informe en derecho lo hicimos en la convicción (política) de que nos encontrábamos ante un genuino delito de sodomía del art. 365 CP, es decir, ante una relación sexual consentida. Al menos en mi caso particular, imaginé, tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 365 CP, una portada de un periódico, donde dos hombres enamorados nos agradecían nuestra participación en la lucha por los derechos de las minorías sexuales.

Ahora bien, debemos señalar a nuestro favor que a la hora de elaborar el informe en derecho no se tuvo acceso a los hechos probados o hechos indiciarios de criminalidad, debido fundamentalmente al carácter incidental del requerimiento de inaplicabilidad. Además, este informe se centró en los problemas de constitucionalidad en abstracto y no en concreto, por lo que los antecedentes del caso concreto no tenían relevancia, salvo para poner en evidencia una posible interpretación de este precepto conforme a la Constitución

Efectivamente, lo interesante de esta sentencia es que, si tenemos presente que nuestro requerimiento de inaplicabilidad se articuló fundamentalmente para conocer casos concretos, entonces podría fundamentarse a favor de la constitucionalidad del art. 365 CP que, en algunos casos concretos, como es el caso que nos ocupa, este precepto protege la indemnidad o libertad sexual y, por tanto, podría justificarse su constitucionalidad.

Para solucionar esta cuestión, es decir, si un caso concreto puede determinar la constitucionalidad o no de una norma, podemos acudir al denominado «criterio de normalidad» o «generalidad de los casos», empleado por el Tribunal Constitucional español a propósito del juicio de razonabilidad. Este criterio establece que las desigualdades no deben producirse en supuestos puntuales no previsto en la norma, pues las leyes en su pretensión de raciona-

lidad se proyectan para la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Es decir, el juicio de constitucionalidad debe predicarse respecto de los casos ordinarios o frecuentes (STC 308/1994, FJ 5)²⁰.

La cuestión, por tanto, reside en dilucidar cuáles son los casos generales que comprende el art. 365 CP. En fin, entiendo que no resulta de especial complejidad concluir que está configurado para castigar relaciones sexuales libremente consentidas y, por tanto, el juicio de constitucionalidad debería centrarse en estos casos.

III. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL NUEVO CONTEXTO SOCIO-JURÍDICO CHILENO

Los procesos democráticos y la comprensión de los derechos humanos por parte de los instrumentos y tratados internacionales, así como la jurisprudencia emanada de los tribunales supranacionales encargados de su interpretación y aplicación constituyen una de las principales para impulsar un cambio en el nivel constitucional y, por tanto, deben ser problematizados por los tribunales constitucionales, llevando a estos rectificar previos pronunciamientos. El caso del delito de sodomía constituye un claro ejemplo de situación.

Así, dos hechos jurídicos acaecidos en los últimos años han incidido, no solo en la justificación constitucional de esta figura penal, sino también la percepción de los chilenos sobre la homosexualidad. Nos referimos a la entrada en vigor de la Ley 20 609 que establece medidas contra la discriminación, denominada coloquialmente como la «ley Zamudio», y la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CIDH) referido al caso *Atala y niñas*.

Las normas adscritas o implícitas en una disposición de derecho fundamental pueden proceder de dos fuentes jurídicas: una directa y otra indirecta. La primera acontece cuando estas normas son validadas por las leyes, los demás actos de los poderes públicos y los propios particulares; y la segunda, cuando son establecidas o reconocidas por el propio TC. Entre las primeras debemos destacar: las leyes y los tratados internacionales en el ámbito de los derechos humanos suscritos por Chile (Bernal, 2005: 664 y ss.).

²⁰ Véanse en el mismo sentido y, en especial en materia tributaria, las SSTC español 70/1991, FJ 7; 46/2000, FJ 6 y 289/2000, FJ 6; 47/2001, FJ 7; 212/2001, FJ 5; 21/2002 FJ 4 y, y 255/2004, FJ 4.

Desde un punto de vista deóntico tenemos dos tipos de normas adscritas. Las primeras son aquellas en que la propia norma *iusfundamental* se estructura de tal manera que se permiten varias opciones políticas. En estos casos, la norma adscrita no vincula constitucionalmente al (futuro) legislador. En las segundas, por el contrario, el legislador no dispone de esta libertad, sino que es fiscalizada por el propio TC en el control de constitucionalidad de las leyes. Aquí, las normas adscritas son estructuradas como necesarias (Bernal, 2005: 664 y ss.).

Pues bien, en los últimos años y con posterioridad a la STC Rol 1683-2010, el legislador chileno y la CIDH han concretado o adscrito el mandato de no discriminación por razón de orientación sexual como una norma adscrita a la CPR y, en concreto, al principio de igualdad o/y de dignidad de la persona.

1. LA LEY ZAMUDIO

La aprobación de esta ley parte de la evidencia jurídica y fáctica de que los derechos fundamentales de corte liberal no ofrecen una adecuada protección a una serie de minorías que históricamente han sido objeto de discriminación, como es el caso de la homosexualidad. Este tipo de normas deben partir del presupuesto de que el propio sistema jurídico no contiene ningún precepto discriminatorio respecto de las citadas minorías. Es decir, el legislador antes de la aprobación de la ley antidiscriminación o junto con su aprobación en una disposición derogatoria, debería haber expulsado cualquier precepto que fuera claramente discriminatorio en razón de la orientación sexual, como es, sin lugar a dudas, el art. 365 CP²¹.

Desafortunadamente, estamos ante un ejemplo más de la arbitrariedad e incompetencia de nuestro Poder Legislativo a la hora de insertar de una manera coherente y sistematizada la aprobación de un nuevo texto legislativo en el resto del ordenamiento jurídico chileno. Así, hemos llegado a la triste paradoja de contar con una agravante²² introducida por la propia ley Zamudio

²¹ Otro supuesto es el contemplado en el art. 54.4, de la Ley 19 947 sobre Matrimonio Civil, que establece expresamente como causal de divorcio culpable la conducta homosexual de uno de los cónyuges. Esto supone, en principio, que la mera orientación sexual con independencia de si ha existido o no una infidelidad (art. 54.2) justifica la aplicación de la normativa establecidas para un divorcio culpable. Véase, la STC, Rol 2435-13, de 13-04-2014.

²² Incluso, la inclusión de esta agravante es una asunción por parte del Estado chileno de la necesidad de otorgar una mayor protección, entre otras, a las minorías sexuales y, por tanto, justificaría, por ejemplo, la adopción de un test estricto de constitucionalidad.

que se fundamenta en el odio homofóbico (art. 12.20 CP) y un delito que se fundamente precisamente en este²³.

La ley Zamudio ha concretado o actualizado una disposición de derecho fundamental de carácter necesario o no disponible. Por tanto, aquí el TC solo le cabe reconocer esta concreción del principio de igualdad o de dignidad de la persona. De una forma más gráfica, resultaría difícil de imaginar que el TC adujera que esta ley constituye una manifestación de una opción política posible a la hora de concretar el principio de igualdad y, por tanto, no vinculante a un futuro legislador con otro programa político.

Con la promulgación de la ley Zamudio, el TC cuenta con una nueva razón para promulgar la inconstitucionalidad del art. 365 CP. De esta manera, nuestros representantes políticos a través de la ley, como máxima expresión de la soberanía popular, han declarado expresamente como una discriminación arbitraria «toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como [...] la orientación sexual» (art. 2 Ley 20 609)²⁴.

2. EL CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS

Como hemos mencionado, los tribunales supranacionales que tienen como principal función la protección de derechos fundamentales, constituyen actores de primer orden a la hora de descubrir o crear normas

²³ No obstante, debe tenerse presente que la propia ley Zamudio trata de evitar que esta ley sirva de fundamento para derogar tácitamente cualquier cuerpo normativo que contenga una norma de carácter discriminatorio. Así, su art. 18 establece expresamente que «los preceptos de esta ley no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes, con la sola excepción de las disposiciones señaladas en los tres arts precedentes». Ahora bien, lo que se propone en este estudio, no es un caso de derogación tácita del art. 365 CP, sino que, al aprobarse esta ley, se ha adscrito a nuestro sistema constitucional el mandato de no discriminación por orientación sexual.

²⁴ Véase que este precepto, al mencionar expresamente que la medida carezca de una «justificación razonable», acude al juicio general de racionalidad a la hora de establecer una discriminación arbitraria. No obstante, cuando utiliza el término «en especial» para hacerse cargo de ciertos grupos o minorías y, por tanto, podemos inferir un estándar de constitucionalidad más estricto.

adscritas a disposiciones de derecho fundamental respecto no solo de los tratados a los que se encuentran ligados, sino también respecto de las constituciones nacionales. No obstante, al menos en Chile, resulta problemático, incluso para el propio TC, que estos tribunales y, en especial la CIDH, puedan concretar normas adscritas y, establecida esta concreción, el TC deba incorporarlas al acervo constitucional chileno. Teniendo presente estas consideraciones, aquí vamos a acoger una posición débil: la concreción de una norma adscrita por parte de un tribunal supranacional constituye una buena razón a favor para que el TC la reconozca como tal y, por tanto, forme parte del contenido normativo de una disposición de derecho fundamental (Díaz, 2012: 57-58).

Como bien es conocido, en el caso *Atala Riffó y niñas*, una jueza denunció al Estado de Chile como consecuencia de una sentencia de la Corte Suprema que otorgó la tuición de sus hijas al padre, justificando su decisión en la prevalencia del principio superior del menor sobre el derecho a la autonomía sexual de esta.

Así, entendió que la opción sexual de la madre sumada a una convivencia con otra mujer estaba provocando consecuencias dañinas al desarrollo de sus hijas. Además, esta relación sentimental afectada al sentido natural de la familia como núcleo central de la sociedad. También adujo que, como consecuencia de la poca tolerancia de la sociedad chilena hacia las minorías homosexuales, se estaría exponiendo a las menores a situaciones de discriminación social. Además, estableció una suerte de relación de causalidad, donde la orientación sexual podría provocar una «eventual confusión de roles sexuales». En conclusión, la madre habría privilegiado su bienestar e interés personal y, como consecuencia de ello, las menores se encontraban en una «situación de riesgo» (Sentencia de la Corte Suprema Rol 1193-2003)²⁵.

Como podemos comprobar, la STC sobre el delito de sodomía acudió también al interés superior al menor como fundamento para establecer la constitucionalidad de este delito. Por esta razón, a continuación reproducimos los principales argumentos aducidos por la CIDH y que son, a mi modesto entender, extensibles al art. 365 CP (en el mismo sentido, Casas y González, 2012: 270).

²⁵ En todo caso, debe destacarse la sentencia del juzgado de primera instancia (Juzgado de Menores de Villarrica, Rol 9485-2003, ratificada por la Sentencia la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 232-2001) concluyó que, de acuerdo con la prueba existente, no había quedado demostrado que la orientación sexual de la madre hubiera menoscabado el desarrollo de una maternidad responsable.

En primer lugar, la Corte reafirmó que la orientación sexual se encuentra subsumida en la prohibición de discriminación contemplada en el art. 1.1 CADH, ya que, si bien no se encuentra en el listado que contempla, constituye «otra condición social» merecedora de especial protección (cons. 91). Incluso, manifiesta en su cons. 93 que «un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1 de la Convención Americana [...]». No obstante, esta afirmación categórica es matizada por la propia sentencia.

Así, y en segundo lugar, la Corte considera la orientación sexual como una categoría sospechosa y, por tanto, cualquier acto del Estado fundamentado en esta se encuentra sometido a un test de constitucionalidad estricto (cons. 108). Esto significa que resulta posible una restricción de un derecho fundamental fundamentado en la orientación sexual.

En tercer lugar, y en cuanto al fin o interés legítimo perseguido por la norma infraconstitucional, la CIDH recuerda que la mera manifestación de un fin o interés legítimo no resulta suficiente para que este concorra, sino que el Estado tiene la obligación de demostrar que tal fin es real. Así, manifiesta que la protección del menor no constituye un fin legítimo, ya que no se ha fundamentado de manera objetiva y real el daño que pudiera causar la orientación sexual de la madre en el desarrollo sicosocial de sus hijas. En otras palabras, para que un fin o interés sea legítimo debe cumplir dos condiciones: una que de manera abstracta sea legítimo y constituya una necesidad imperiosa; y otra, que ese interés concorra de manera objetiva y real (conss. 100 y 102)²⁶. Esto supone que los posibles riesgos que pudieran conllevar una determinada orientación sexual no pueden ser por sí solos suficientes para enervar la prohibición de discriminación fundamentada en categorías sospechosas. Además, se añade que tampoco resultan admisibles ciertas fundamentaciones, aunque venga avaladas empíricamente, como es el caso de una mayor aceptación social de la orientación sexual, sino todo lo contrario, el derecho y los operadores jurídicos deben ayudar a su erradicación en el imaginario colectivo y, por

²⁶ Así, la Corte declaró que la «determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia».

tanto, no legitimar y consolidar formas de discriminación violatorias de los derechos humanos (conss. 120 y 121)²⁷.

En cuarto lugar, desarrolla la aplicación del juicio estricto de constitucionalidad establecido para las denominadas categorías sospechosas de discriminación. De esta manera, se exige una fundamentación rigurosa que, en términos procesales, supone una suerte de inversión de carga de la argumentación o, en términos de dogmática constitucional, una excepción al principio de deferencia hacia el legislador (cons.125). Y, sin duda, la derogación o declaración de inconstitucionalidad del art. 365 CP forma parte del contenido mínimo de esta obligación.

Por último, la CIDH manifiesta que «Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias» (cons. 127).

Como conclusión de este estudio, el TC debería, a partir del caso *Atala* y la ley Zamudio, reconocer como norma adscrita a la CPR el mandato de no discriminación por razón de orientación sexual. Esta adscripción puede derivar en una prohibición absoluta, en una finalidad constitucionalmente ilegítima o en una categoría sospechosa sometida a un escrutinio estricto de constitucionalidad. Con independencia de cuál sea la estructura normativa de esta norma adscrita y su correspondiente juicio o test de constitucionalidad, existen en la actualidad nuevas razones para expulsar del ordenamiento jurídico chileno el delito de sodomía contemplado en el art. 365 CP.

²⁷ En *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984), la CSE declaró inconstitucional un fallo de una Corte Estatal que denegaba la custodia de un menor a su madre porque esta había contraído matrimonio con una persona de diferente raza. La Corte Estatal acudió al principio del interés del menor para establecer la custodia a favor del padre, aduciendo que el niño podría ser estigmatizado por vivir en un matrimonio biracial. La CS de forma unánime declaró inconstitucional esta sentencia, y declaró que no puede controlar esta clase de prejuicios ni tampoco tolerarlos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Allender, D. (2009). Applying Lawrence: teenagers and crime against nature. *Duke Law Journal*, 58, 1825-1858.
- Bascuñán Rodríguez, A. (2011). La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 4 de enero de 2011, rol n° 1683-2010). *Estudios Públicos*, 124, 113-137. Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/archivo_4978_3067/rev124_ABascunan.pdf.
- , Salas, J. C., Leixelard, J. P. C., de la Fuente Hulaud, F., Cruz, J. Á. F., Dálbora, J. L. y Calderón, G. O. (2011). La inconstitucionalidad del artículo 365 del código penal. Informe en derecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, 14.
- Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa (coords.). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 1-18). México: IJ-UNAM.
- (2005). *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bilbao Ubillos, J. M. y Rey Martínez, F. (1998). La igualdad es un criterio que se presume racional para medir la legitimidad de las desigualdades de trato jurídico (Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional). En M. Aragón y J. Martínez (coords.). *La Constitución y la práctica del derecho*, vol. I. Pamplona: Aranzadi y BCH.
- Casas, L. y González, J. P. (2012). Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Público*, 1, 250-272.
- Cerdá Martínez-Pujalte, C. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol*, 50-51, 193-218.
- Chemerinsky, E. (2016). *Constitutional Law. Principles and Policies*. Wolters Kluwer.
- Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño* 1, 125.
- Cisternas Reyes, M. S. (2004). El ordenamiento jurídico chileno frente al fenómeno discriminatorio. *Revista Chilena de Derecho*, 31 (3), 409-437.
- Ferreres Comella, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García, I. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. *Ius et Praxis*, 18 (2), 33-76.
- Gunther, G. (1972). The Supreme Court, 1971 Term-Foreword, in Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection. *Harvard Law Review*, 1, 1-42.
- (1991). *Constitutional Law*. Nueva York: Foundation Pres Inc.
- Hart, J. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- Jiménez Campo, J. (1983). La igualdad como límite frente al legislador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 71-114.
- Kluth, W. (1998). Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el derecho penal alemán. *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 219-137.
- Linde, Hans A. (1993). Who Must Know, What, When, and How: The Systemic Incoherence of «Interest» Scrutiny. *Public Values in Constitutional Law*, 36, 219-240.
- Lopera Mesa, G. P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nino, C. S. (1989). La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos. *Doctrina penal*, 12 (45), 29-48.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- Stout, Lynn A. (1992). Strict Scrutiny and Social Choice: An Economic Inquiry into Fundamental Rights and Suspect Classifications. *Georgetown Law Journal*, 80, 1787-1834.
- Winkler, A. (2006). Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 06-14, 793-871.

LEGISLACIÓN CITADA

- Chile. Decreto 100 de 16 de noviembre de 2005 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la Republica.
- Chile. Código Penal de 12 de noviembre de 1874.
- Chile. Ley 20 609 de 12 de julio de 2012, que establece Medidas contra la Discriminación.
- Chile. Ley 18 216 de 14 de mayo de 198 que establece Penas Sustitutivas a las Penas Privativas de Libertad.
- Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Promulgado por Chile, Decreto 830 de 14 de agosto de 1990.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* de 24 de febrero de 2012.
- Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia de 6 de marzo de 2008, Rol 829-07-INA, (art. 450 Inc. 1° CP).
- Chile. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de 13 de abril de 2010, Rol 1683-2010-INA.
- Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de enero de 2011, Rol 1683-2010-INA (art. 365 CP).
- Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia de 3 de noviembre de 2011, Rol 1881-10-INA (art.102 CC).

- Chile. Tribunal Constitucional. Sentencia de 6 de agosto de 2010, Rol 1700-10-INA (art. 38 de la Ley de Isapres).
- España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 75/1983, de 3 de agosto.
- Chile. Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1193-2003, de 31 de mayo de 2004.
- Chile. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 232-201, de 30 de marzo de 2004.
- Chile. Sentencia del Juzgado de Menores de Villarrica, rol 9485-2003, de 29 de octubre de 2003 Chile.
- Sentencia del Juzgado de Garantía de Cañete contra Sepúlveda Álvarez, RIT 1287-2008.
- España. Tribunal Constitucional (Segunda Sala). Sentencia 308/1994, de 21 de noviembre de 1994.
- Estado Unidos. Corte Suprema. Sentencia *Romer v. Evans*, 517 U.S. 635, 1996.
- Estados Unidos. Corte del Noveno Circuito. Sentencia *Watkins v. United States Army*, 875 F. 2d 699 (9th Cir. 1989). Disponible en: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/875/875.F2d.699.85-4006.html>.
- Estados Unidos. Corte Suprema. Sentencia *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003).
- Estados Unidos. Corte Suprema. Sentencia *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, (1986).
- Estado Unidos. Corte de Apelaciones del Sexto Circuito. Sentencia *Windsor v. United*, 6 August Term, 2012 (Argued: September 27, 2012 Decided: October 18, 2012) Docket 12-2335-cv (L); 12-2435(Con). Disponible en: https://www.aclu.org/files/assets/windsor_2d_cir_opinion_pdf.pdf.
- Estados Unidos. Corte Suprema. Sentencia *United States v. Windsor*, 570 U.S. (2013).