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

El presente proyecto de ley que sometemos a consideración del Parlamento tiene por objeto terminar con la discriminación legal que afecta a jóvenes homosexuales, hombres y mujeres, quienes son estigmatizados con una norma especial que los criminaliza, el articulo 365 del Código Penal, del cual se desprende una edad de consentimiento sexual de 18 años, mientras que en relación a los heterosexuales está fijada en 14 años.

El fin del proyecto no es aumentar o disminuir la edad de consentimiento sexual, sino que igualar derechos legales entre todas las personas al margen de su orientación sexual, lo que pasa por la derogación del artículo 365 del Código Penal.

FUNDAMENTACION

La sexualidad es definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como "un aspecto central del ser *humano, presente* a lo largo de toda su vida. Abarca al sexo, las *identidades y los* papeles de género, el erotismo, el *placer, la intimidad, la reproducción y la* orientación sexual. Se *vivencia y se* expresa *a* través de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, papeles y relaciones *interpersonales. La* sexualidad puede *incluir* todas estas dimensiones, no *obstante, no* todas ellas se vivencian o se *expresan* siempre"[1]

En ese sentido, y de acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), los Estados y sus autoridades deben garantizar a todas las personas, el ejercicio igualitario y en conciencia de la sexualidad humana.

Caso contrario, se afecta precisamente la salud sexual, entendida esta como la *"experiencia del proceso permanente de consecución de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad. La salud sexual se observa en las expresiones libres y responsables de las capacidades sexuales que propician un bienestar armonioso personal y social, enriqueciendo de esta manera la vida individual y social. No se trata simplemente de la ausencia de disfunción o enfermedad o de ambos. Para que la salud sexual se logre es necesario que los derechos sexuales de las personas se reconozcan y se garanticen"[2].*

En referencia a los derechos sexuales; que son interpretados como *"derechos humanos";* la OPS ha advertido que existe un *"problema grave de salud pública"* cuando se desconocen estos principios en relación *a la "mujer, los niños y las minorías sexuales[3]",* afectados por la violencia y la discriminación.

La salud sexual de los hombres homosexuales mayores de 18 años, fue hasta 1999 violentada por el Estado a través del artículo 365 del Código Penal que sancionaba con cárcel las relaciones sexuales sodomíticas de mutuo consentimiento y en espacios privados. Esta desigualdad, que afectaba la libertad sexual y el desarrollo sin traumas de la personalidad, fue corregida parcialmente con la Ley 19.617 promulgada el 2 de julio de 1999.

Y se dice parcialmente por cuanto si bien las relaciones homosexuales entre mayores de 18 años dejaron de ser un delito, el artículo 365 del Código Penal continuó con su nueva redacción manteniendo una ley especial para los jóvenes que aman a otros de igual sexo, situación que violenta derechos humanos básicos garantizados en diversas leyes, tratados y declaraciones internacionales que han sido ratificados y/o respaldados por Chile, como se verá más adelante.

---

[1] Defining sexual health Report of a technical consultation on sexual health 28-31 January 2002. Ginebra/OMS 2006

[2] Organización Panamericana de la Salud (OPS), "Promoción de la salud sexual.
Recomendaciones para la acción", Antigua Guatemala, Guatemala, 2000.

[3] Ibidem

En efecto, en la actualidad el artículo 365 indica que quien *"accediere camalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, será penado con reclusión menor* en sus grados *mínimo a medio".*

La norma es discriminatoria por cuanto:

a.- Sanciona la expresión de orientaciones sexuales sanas y legitimas, como son la homosexualidad y la bisexualidad, según lo ha señalado la propia OMS.

b.- No busca sancionar un delito de tipo sexual, todos los cuales están claramente definidos en otros artículos del Código Penal, siendo ejemplos:

-El artículo 361 que penaliza la violación hacia personas mayores de 14 años

-El artículo 362 que penaliza a quien *"accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo" 361,* esto es violación, uso de fuerza o abuso de una situación de vulnerabilidad.

-El artículo *363* que penaliza los abusos, violencia y engaño sexual hacia personas mayores de 14 años

-El artículo *366* que penaliza el abuso sexual sin acceso camal hacia personas mayores de *14* años

-El artículo *366* bis que penaliza el abuso sexual sin acceso camal hacia personas menores de 14 años

-Los artículos 366 quarter y 366 quinquies que penalizan diferentes modalidades del abuso sexual hacia personas menores de 18 años.

c.- Desigualdad en la edad de consentimiento sexual a partir de !a orientación sexual, por cuanto del artículo *365* del Código Penal se establece que esta se encuentra fijada en 18 años para homosexuales y, según se desprende del artículo 364 del Código Penal, en *14* años para heterosexuales.

En Chile aún no existen estudios que den cuenta exacta sobre la cantidad de homosexuales (gays o lesbianas) existentes en nuestro país, pues la discriminación imperante obstaculiza a las personas reconocer su orientación sexual frente a terceros. Sin embargo, lo concreto es que cada vez son más las personas, en especial los jóvenes, dispuestas a expresar su orientación sexual, según arrojó la Quinta Encuesta Nacional de la Juventud del Instituto Nacional de la Juventud (INJUV. *2006)*

De acuerdo a este estudio, en Chile **213 mil 500 hombres** y mujeres de entre 15 y 29 años **tienen una orientación sexual diversa (homosexual o bisexual)** que ya han iniciado con prácticas sexuales.

En efecto, el *6.2* por ciento de los hombres y el *3.2* por ciento de las mujeres ha tenido relaciones sexuales sólo con personas de su mismo sexo, mientras que el 0.6 por ciento ha tenido relaciones con ambos sexos.

De acuerdo a proyecciones del Instituto Nacional de Estadísticas en Chile existen cuatro millones 19 mil 394 jóvenes de entre 15 y 29 años, 50.4 por ciento de los cuales son hombres y 49.6 por ciento son mujeres. Ello implica, en consecuencia, que en Chile **125.589 hombres jóvenes declaran tener relaciones sexuales con hombres; 63.795 mujeres jóvenes con mujeres y 24.116** personas con ambos sexos.

El artículo *365* del Código Penal aparece, entonces, como un estigma contra miles de jóvenes con prácticas sexuales homosexuales o bisexuales, que impiden, obstaculizan e incluso sancionan con cárcel. Así, por ejemplo un joven de 19 años que tiene relaciones consentidas con otra persona de igual sexo de 17 años puede ser encarcelado, lo cual no ocurre con jóvenes heterosexuales.

La vigencia de la norma tiene consecuencias desastrosas en jóvenes que van asumiendo una sexualidad diferente a la mayoritaria, pues al considerar ilegal su ocurrencia, en clara desigualdad con el derecho sí reconocido a quienes son heterosexuales, se afecta la concepción de sí mismo, incrementado las culpas y

mermando la autoestima a partir de la categoría de delincuentes con que son tachados por el Estado del cual son parte.

Es decir, se afecta de manera expresa la salud sexual, lo que según diversos estudios europeos tiene alta incidencia en mayores sentimientos suicidas en jóvenes homosexuales que heterosexuales.

El Informe "El suicidio de niños y adolescentes en Europa: un *grave problema de* salud pública" que dio a conocer la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en abril del 2008, fue claro al respecto.

"La *Asamblea evidentemente* está preocupada por el tipo especialmente más elevado de suicidio *en las* jóvenes lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales *que entre el conjunto"* de personas de similar edad, sostiene el informe.

Redondea que *"este* alto *riesgo* no *está vinculado* a la *orientación sexual o la identidad de* género, sino *a* la estigmatización, a la marginalización y ala *discriminación que encuentran* estas personas a causa de su *orientación sexual* o su *identidad de* género", por lo cual se consideró al tema como un asunto de "derechos *humanos".*

Un asunto de derechos humanos que el Estado de Chile debe resolver derogando el artículo 365, a objeto de garantizar a todos los jóvenes una salud sexual sin discriminaciones basadas en la orientación sexual, terminando con una desigualdad en la edad de consentimiento sexual que al 2009 no tiene expresión en ningún país de América Latina y El Caribe.

En otras palabras, la derogación del artículo 365 del Código Pena¡ asegurará igualdad de derechos humanos para todos los jóvenes de nuestro país, sin impedir a unos, por su sola orientación sexual, el ejercicio de sus derechos sexuales reproductivos, de su amor y afectividad y que ya es una realidad más que clara: el 71.8 por ciento de los jóvenes de entre 15 y 29 años están iniciados "coitalmente" en la sexualidad, mientras que el 9.6 por ciento ha tenido experiencias pre-coitales (besos, caricias, sexo oral) y el 18.6 por ciento "no ha tenido ninguna experiencia", arrojó el ya mencionado estudio del Injuv.

La existencia de una variedad de dimensiones de la sexualidad humana; sean homosexuales, bisexuales o heterosexuales, y la importancia de dotar al Estado de garantías para asegurar la expresión de todas ellas y la libertad de conciencia, fueron incluso algunas de las indicaciones del Plan Nacional de Afectividad y Sexualidad 20052010 del Ministerio de Educación (Mineduc), que se basó en consultas a diversos sectores de la sociedad.

En concreto se estableció que *"en el tema de la sexualidad (...) el Estado debe garantizar el respeto a la libertad de conciencia de los ciudadanos, asegurando la expresión de las diversas orientaciones y concepciones presentes en nuestra sociedad".*

Junto con destacar la importancia de enfrentar la discriminación padecida por jóvenes identificados como homosexuales o bisexuales, el Plan añadió que *"el pluralismo social y cultural que vivimos hoy da cuenta de la gran cantidad de valoraciones y expresiones sociales acerca de la sexualidad. Por tanto el Estado debe garantizar una educación que se haga cargo de la formación de esta dimensión humana respetando la libertad de conciencia".*

El Comité de los Derechos Humanos del Niño de la ONU, fue más directo y enfático al exigir al Estado de Chile de manera directa la derogación del artículo 365 del Código Penal.

LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue firmada por Chile el 26 de Junio de 1990 y ratificada el 13 de Agosto de 1990. Asimismo, el 21 de julio del 2003 Chile ratificó los Protocolos Facultativos referentes a la participación de niños en los conflictos armados y el 6 de febrero del 2006 hizo lo mismo con el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

De esa manera, nuestro país asumió el compromiso de incorporar en todas sus políticas y legislación interna las disposiciones y los principios establecidos por la Convención y los Protocolos Facultativos mencionados.

Tras un informe presentado por Chile, el Comité de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (ONU), expresó, tanto durante la celebración de las Sesiones Plenarias 1218 y 1219 como en sus Observaciones Finales del 23 de Abril del 2007, su preocupación por la existencia del articulo 365 del Código Penal

En específico, el Comité manifestó su preocupación *"porque 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"*

Fue en ese sentido que el Comité recomendó al Estado de Chile que *"intensifique sus esfuerzos para examinar, supervisar y hacer cumplir la legislación que garantice el principio de no discriminación y el pleno cumplimiento del artículo 2 de la Convención y que adopte una estrategia pro-activa e integral para eliminar la discriminación por motivos de género, étnicos, religiosos o por cualquier otro motivo y contra todos los grupos vulnerables en todo el país".*

Asimismo, durante la sesión plenaria 1218, el Comité señaló que *"sancionar las relaciones sexuales con consentimiento mutuo entre jóvenes de/ mismo sexo es una medida discriminatoria, que ignora el hecho de que los adolescentes están en la exploración de su identidad sexual".*

Por ello, el Comité solicitó expresamente al Estado Chileno que en su tercer reporte de Derechos Humanos, previsto para el 12 de septiembre del 2012, "incluya *información específica sobre las medidas y los programas pertinentes a la Convención sobre los Derechos del Niño que haya aplicado para ofrecer una protección especial a los grupos vulnerables".*

Y es que el artículo 365 del Código Penal viola diversos artículos de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño a saber:

- Artículo 2, el cual expresa que los derechos de niñas, niños y adolescentes se respetarán sin discriminación alguna y compromete al Estado a tomar las medidas necesarias para garantizar que los mismos se vean protegidos contra toda forma de exclusión.

Con el articulo 365 del Código Penal la discriminación se expresa en dos sentidos: primero al fijar una edad de consentimiento sexual distinta para jóvenes homosexuales y heterosexuales y, segundo, porque al haber derogado Chile la disposición que penalizaba la sodomía entre dos personas de! mismo sexo adultas, se está estableciendo un desnivel entre lo dispuesto para niños y adolescentes por un lado y para las personas adultas por otro, dejando al margen que en ambos casos se trata de sujetos que merecen !os mismos derechos y garantías

Sobre la materia, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU fue enfático en su Observación General Número 10 (2007) sobre "Los derechos del Niño en la Justicia de Menores".

"A fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven", sostuvo el Comité al citar el artículo 56 de las Directrices de Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (RIAD).

Artículo 12, donde se sostiene que el Estado debe garantizar el respeto por *las* opiniones del niño, su derecho a expresarse libremente y a ser considerado. Pues bien, el mencionado artículo 365 no respeta la condición de las/los adolescentes como sujetos de derecho ni tiene en cuenta su potencial capacidad cognitiva, de pensamiento crítico y creativo. Así, la voluntad del niño no es tomada en cuenta la mayoría de las veces, sino que es sustituida por la de sus representantes legales.

Artículo 16, el cual sostiene que *"ningún niño será objeto* de *injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su .honra y a su reputación".* Sin embargo, el artículo 365 paradójicamente entraña un ataque directo a la privacidad en tanto penaliza una práctica sexual que -como tal- pertenece al ámbito de la intimidad.

Artículo 24, que garantizan el derecho a la salud y al desarrollo, ambos comprendidos desde un punto de vista integrador. Pues bien, el, artículo 365 violenta la salud sexual de miles de jóvenes.

CONSTITUCION Y DECLARACIONES

Diversas normas constitucionales son también violentadas por el artículo 365 del Código Penal, siendo una de esos variados incisos del artículo 19 a saber:

1 "El derecho a la vida y ala integridad física y psíquica de la persona", afectado por obstáculos para el desarrollo pleno de salud sexual, lo que tiene desastrosas consecuencias en la estabilidad emocional.

- 2 "La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Visto así, el artículo 365 figura como inconstitucional pues *establece* diferencias arbitrarias y de desigualdad legal a *partir de una determinada orientación* sexual.

-4 "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia", que el articulo 365 violenta al inmiscuirse y sancionar la intimidad y sexualidad de *un sector de los jóvenes a partir* de su orientación sexual.

La vigencia del artículo 365 es además contrapuesta a diversas declaraciones internacionales a las cuales se ha *sumado* el Estado *de Chile* en los últimos años y entre las cuales *se* cuentan:

a.- "Declaración Sobre Derechos *Humanos,* Orientación Sexual *e Identidad de Género" adoptada* el 17 de diciembre del 2008 por *66 países que* integran la *ONU, entre* ellos Chile, donde instó *a los "Estados a que tomen todas las medidas necesarias, en particular las legislativas o administrativas, para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular ejecuciones, arrestos o detención".*

b.- ."Resolución Sobre Derechos *Humanos, Orientación Sexual* e Identidad de *Género" aprobada por* la *Organización* de Estados *Americanos (OEA; el 3 de junio del* 2008 y donde se *expresó "preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género".*

c. Resolución Sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género'; aprobada por la OEA el 4 de junio del 2009 y donde se "condenan los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos *a causa* de su orientación sexual e identidad de género" y se pide !os Estados a asegurar *que se* investiguen los *actos* de *violencia y las violaciones* de derechos humanos perpetrados contra *individuos a causa* de su orientación sexual *e identidad de género, y* que los responsables enfrenten las consecuencias ante la *justicia".*

Al mismo tiempo se reiteró que "la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier *otra condición (j Que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prevé que todo ser humano tiene derecho a* la vida, a *la libertad y ala seguridad* personal".

D.- "Declaración de Noruega", donde 54 Estados integrantes de la ONU, incluido Chile, expresaron el 1 de diciembre del 2006 su "más profunda preocupación por las continuas violaciones a los derechos humanos" *basados en "la* orientación sexual y la identidad de género".

En mérito a lo antes expuesto, se propone al H. Congreso Nacional el siguiente:

Proyecto de Ley que Deroga el Artículo 365 del Código Penal

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal

1.- Deróguese el artículo 365 del Código Penal"