Santiago, tres de noviembre de dos mil once.

VISTOS:

A fojas 1, mediante oficio N° 917, recibido en esta Magistratura con fecha 27 de diciembre de 2010, el entonces Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo, en la causa sobre recurso de protección caratulada *"Peralta Wetzel, César Antonio, y otros con Soto Silva, Juana"*, Rol N° 6787-2010, requiere, como medida para mejor resolver, un pronunciamiento de este Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, en el aludido proceso.

El precepto legal cuestionado dispone que:

"*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.*".

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido, de las piezas principales de los autos remitidas por la Corte de Apelaciones de Santiago se desprende que, el 20 de octubre de 2010, el abogado Jaime Silva Alarcón, actuando en nombre de César Antonio Peralta Wetzel, Hans Harold Arias Montero, Víctor Manuel Arce García, José Miguel Lillo Isla, Stephane Abran y Jorge Manuel Mardones Godoy, interpuso recurso de protección en contra de Juana Soto Silva, oficial civil adjunta del Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago, dando cuenta de que los señores Peralta y Arias, en septiembre de 2010, solicitaron a la recurrida hora para contraer matrimonio, solicitud que les fue denegada por ella aduciendo que la legislación chilena sólo contempla el matrimonio entre un hombre y una mujer. Posteriormente, los señores Arce y Lillo le pidieron la convalidación de su matrimonio válidamente celebrado en Argentina y los señores Abran y Mardones le requirieron que se inscribiera su matrimonio válidamente celebrado en Canadá, rechazándose ambas peticiones por la recurrida, quien señaló que sólo podía inscribir matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer.

Indican los recurrentes de protección que negar la posibilidad de contraer matrimonio o de inscribir un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero a dos personas, por su condición sexual, constituye un grave atentado al derecho a la igualdad consagrado por el N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo cual solicitan a la Corte declarar arbitrario el actuar de la oficial civil adjunta y restablecer el imperio del derecho, ordenando que se les otorgue hora para celebrar su matrimonio y se proceda a inscribir los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero, respectivamente.

Por su parte, el Director Regional Metropolitano del Servicio de Registro Civil e Identificación informó a la Corte el día 28 de octubre de 2010, instando por el rechazo de la acción de protección deducida, por cuanto el actuar del Servicio se ajusta plenamente a la legislación vigente, citando al efecto el artículo 102 del Código Civil -impugnado de inaplicabilidad-, que prescribe que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer, y el artículo 80 de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, que prescribe que el matrimonio celebrado en país extranjero producirá en Chile los mismos efectos, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Mediante presentación de 7 de enero de 2011, a fojas 13, el abogado Jaime Silva Alarcón se hizo parte en estos autos sobre acción de inaplicabilidad, solicitando que ella fuera declarada admisible. Asimismo, pidió que el requerimiento fuera acogido en definitiva por esta Magistratura, manifestando que el artículo 102 del Código Civil es contrario a los siguientes preceptos constitucionales: (i) artículo 1°, incisos primero,

segundo, cuarto y quinto; (ii) artículo 5°, inciso segundo, en relación con los artículos II y VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 2.1, 7 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 2.1, 3 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y (iii) artículo 19, N°s 2°, 3°, 4°, 9°, 18°, 24° y 26°.
Señala que, al negar a dos personas la posibilidad de contraer matrimonio y formar una familia, por su orientación sexual, la autoridad está atentando contra su libertad y su derecho a ser consideradas iguales ante la sociedad y la ley, discriminándolas arbitrariamente pues, mientras las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio o mantener relaciones de hecho, las homosexuales sólo pueden convivir, sin tener derecho a ningún tipo de protección legal, con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva.
Añade que el concepto de matrimonio contenido en el artículo 102 del Código Civil no se condice con la igualdad ante la ley que proclaman la sociedad y la Constitución chilenas, y que la Carta Fundamental debe ser interpretada por este Tribunal Constitucional teniendo en consideración el contexto social en el momento histórico actual, que difiere del vigente a mediados del siglo XIX, en que se dictó el Código Civil.
Por resolución de 4 de enero de 2011, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, por resolución de 26 del mismo mes y año, lo declaró admisible y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión *sub lite*.
Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en su calidad de órganos constitucionales interesados, y de los seis señores recurrentes de protección, de la señora oficial civil adjunta recurrida y del Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, en su calidad de partes en la gestión *sub lite*, sin que ninguno de dichos órganos y personas hiciera uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.
Sin perjuicio de lo anterior, mediante ordinario N° 40, ingresado el día 14 de enero de 2011, el Director Nacional Subrogante del aludido Servicio señaló que el Registro Civil había dado cabal cumplimiento a la normativa legal que regula la institución jurídica del matrimonio civil en Chile, contenida en las leyes N° 19.477, Orgánica del Servicio, y N° 4.808, sobre Registro Civil; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.128, de 1930, Reglamento Orgánico del Servicio; en el artículo 102 del Código Civil; en la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil, y en el Reglamento de esta Ley aprobado por Decreto N° 673, de 2004.
Señaló además que, conforme a esta normativa, ya en la diligencia previa de manifestación, el oficial civil debe verificar, entre otros requisitos, el sexo de los futuros contrayentes, y que si aquél celebra un matrimonio ilegal incurre en el delito contemplado en el artículo 388 del Código Penal.
En cuanto a los matrimonios celebrados en el extranjero, expresó que, según el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, éstos producirán efectos en Chile siempre que sean contraídos entre un hombre y una mujer.
Concluyó afirmando que el Servicio, en su calidad de órgano de la Administración del Estado, debe velar por el cumplimiento de las normas legales que regulan el matrimonio en Chile, y que, en la especie, el actuar de la oficial civil adjunta se ajustó a derecho.
El día 26 de julio de 2011, respectivamente, efectuaron presentaciones Salvador Salazar Diez de Sollano y Felipe Ross Correa, como miembros de *"Muévete Chile"*, y Julio Alvear Téllez e Ignacio Covarrubias Cuevas, todos solicitando el rechazo de la acción

deducida en autos. Asimismo, el día 27 de julio de 2011, efectuó una presentación Ismini Anastassiou Mustaki, como presidenta de la ONG de Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer, instando también por el rechazo del requerimiento. El mismo día 27 de julio hizo una presentación la asociación gremial Libertades Públicas, solicitando que se acogiera la acción de marras. A fojas 249, el Tribunal ordenó agregar a los autos todas estos escritos.
El día 28 de julio de 2011, efectuaron presentaciones Claudio Alvarado Rojas y otros, y Hernán Corral Talciani y otros, también instando por el rechazo de la acción. A fojas 348 y 349, el Tribunal ordenó agregar a los antecedentes dichos escritos.
Traídos los autos en relación, en audiencia de 28 de julio de 2011 se procedió a la vista de la causa, escuchándose la relación y los alegatos de los abogados señores Jaime Silva Alarcón y Fernando Muñoz León, en representación de los recurrentes de protección en la gestión en que incide el presente requerimiento, quedando con esa fecha la causa en estado de acuerdo.

Y CONSIDERANDO:

I.- ANÁLISIS DEL REPROCHE DE AUTOS.

PRIMERO: Que la Corte de Apelaciones de Santiago, en oficio Nº 917-2010/P, de 27 de diciembre de 2010, requirió a esta Magistratura Constitucional pronunciamiento sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, respecto de la materia del recurso de protección seguido ante ese Tribunal, el cual adjuntó y que corresponde al Rol Nº 6787-2010, caratulado *"Peralta Wetzel, César Antonio, y otros / Soto Silva, Juana"*;

SEGUNDO: Que el requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago no indica de modo explícito el vicio de constitucionalidad que se produciría en la aplicación del artículo 102 del Código Civil en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha planteado su inaplicabilidad, sino que se remite en términos generales al debate producido con motivo del recurso de protección antes individualizado. En este último, según consta de autos, se impugnó, por una parte, la negativa de la Oficial del Registro Civil, Juana Soto Silva, de celebrar el matrimonio de César Antonio Peralta y Hans Harold Arias Montero, y, por otra parte, la negativa de la misma funcionaria a inscribir el matrimonio celebrado en Argentina entre Víctor Manuel Arce García y José Miguel Lillo Isla, como también el celebrado en Canadá entre Stephan Abran y Jorge Manuel Monardes Godoy. Los recurrentes invocan como fundamento de su acción de tutela constitucional la vulneración de la garantía contenida en el Nº 2° del artículo 19 de la Constitución Política, que asegura a toda persona la igualdad ante la ley y prohíbe a la ley y a toda autoridad establecer diferencias arbitrarias;

TERCERO: Que la disposición objetada de autos señala textualmente: *"el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente";*

CUARTO: Que los recurrentes de protección se hicieron parte en el proceso de inaplicabilidad iniciado por la Corte de Apelaciones de Santiago. De conformidad a lo señalado en las piezas principales de la gestión pendiente en que se plantea la inaplicabilidad y de lo alegado en estrados por los abogados de las partes, resulta que la cuestión sobre la cual debe pronunciarse este sentenciador y que configura su competencia específica para el presente caso, es determinar **si la aplicación del artículo 102 del Código Civil en el aludido recurso de protección infringe o no la garantía de igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19, Nº 2°, de la Constitución Política de la República,** toda vez que aquella disposición sólo permite el matrimonio

entre un hombre y una mujer sin autorizar que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio;

II.- RESERVA LEGAL.

QUINTO: Que, respecto al matrimonio, la **reserva de ley** referida a la regulación de sus efectos, tiene un doble fundamento constitucional en la Carta Fundamental. Por una parte, se desprende del **Nº 3 del artículo 63** de la misma, que al señalar cuáles son las materias de ley, indica como una de ellas las que *"son objeto de la codificación civil"*. Y, por otra parte, del **Nº 20 del mismo artículo,** que establece que también lo es *"toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico"*;

SEXTO: Que, en efecto, está fuera de toda duda que el matrimonio es una de las materias más importantes relativas a las personas y es por ello que desde su aprobación, en 1855, el Código Civil de Bello, en su Libro Primero, relativo a *"Las personas"*, incluye el título IV *"Del matrimonio"*, lo que demuestra que éste es un asunto propio de la codificación civil y, por ende, es materia de ley. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el artículo 63, Nº 20, de la Constitución antes citado, pues resulta evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca;

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, cabe precisar que **los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal** y no constitucional. Ello quedó en evidencia en la discusión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, referida a la disolución del matrimonio, la que, por lo demás, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta de 1980 fue aceptada y regulada bajo la forma del divorcio vincular. Es así como las características de la institución, referidas a la protección y desarrollo de la misma, han podido mutar en virtud de diversas normas de rango legal, las que han efectuado cambios en lo que atañe, por ejemplo, al régimen de bienes, a la adopción y a la filiación, entre otros aspectos;

III.- FALTA DE IDONEIDAD DE LA INAPLICABILIDAD EN EL PRESENTE CASO.

OCTAVO: Que, sin perjuicio de lo razonado en cuanto al reproche constitucional de autos, esta Magistratura no puede pasar por alto que un examen detenido de la impugnación planteada no permite a su vez que se dicte sentencia estimatoria, toda vez que no se condice con el alcance de la acción de inaplicabilidad. En efecto, la acción de inaplicabilidad tiene como objetivo impedir que un determinado precepto legal sea aplicado en un caso concreto cuando de ello se pueden derivar consecuencias inconstitucionales. Así, la inaplicabilidad es un **control concreto de constitucionalidad** cuyo efecto es negativo, es decir, sólo impide que un precepto sea aplicado en la resolución de una gestión judicial pendiente. En consecuencia, en la gestión pendiente a que se refieren estos autos la única consecuencia que podría producirse de dictar sentencia estimatoria, sería la **exclusión de la eventual aplicación del artículo 102 del Código Civil** que define al matrimonio, la que se encuentra en el contexto de un amplio campo de normas que resultan aplicables por el juez de la gestión y que se refieren al estatuto jurídico del matrimonio;

NOVENO: Que lo anterior implica que el requerimiento a que se refiere esta sentencia no pueda prosperar, toda vez que lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una

institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, **lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer,** que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley Nº 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad. A mayor abundamiento, el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección *sub lite* se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80 de aquel cuerpo normativo que establece que *"los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer."*. De esta manera, el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas.

Y TENIENDO PRESENTE Lo dispuesto en los artículos 19, Nº 2, 63, N°s 3 y 20, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimero, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

<u>SE RESUELVE</u>: QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.

DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 54, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.

<u>VOTO PARTICULAR CONCURRENTE DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL, MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.</u>

El Presidente del Tribunal, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene que concurre a la sentencia que rechaza el requerimiento de inaplicabilidad en que se impugna la aplicación del artículo 102 del Código Civil, sin compartir su considerando séptimo, pues la introducción legal del divorcio vincular es una materia ajena a la que se debate en autos por lo que no corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre la misma en esta oportunidad, y teniendo además presente las siguientes consideraciones:

1.- Que el artículo 102 del Código Civil dispone que *"[e]l matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente"*;

2.- Que, para la resolución del requerimiento interpuesto, debe examinarse si al reservar la ley la celebración del matrimonio a *"un hombre y una mujer"*, o si se quiere expresar con otros términos a una pareja heterosexual, y excluir por consiguiente para que lo contraigan entre sí a personas del mismo sexo, incurre en una diferencia arbitraria que en su aplicación resulta contraria a la garantía constitucional de igualdad ante la ley;

3.- Que, como es sabido, la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre distintas personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga;

4.- Que el Código Civil al definir el matrimonio ha dado reconocimiento jurídico a una de las instituciones sociales más antiguas que siempre ha estado presente en los ordenamientos en los que el Derecho Chileno tiene sus raíces, los que tradicionalmente lo han concebido como una unión de vida entre hombre y mujer, siendo indiscutible hasta época muy reciente la imposibilidad de su celebración entre personas del mismo sexo.
Así, en el Derecho Romano, Modestino decía que *"Nuptiae sunt conjunctio maris en feminae"* (Digesto 23,2,1), esto es unión entre hombre o marido y mujer, siendo similar la opinión de Ulpiano (Digesto 1,1,3), quien señalaba que es derecho natural lo que la naturaleza de todos los animales enseña y que por consiguiente no es propio sólo del género humano, la conjunctio maris atque feminae, y también lo recuerdan las Instituciones de Justiniano (1,9,1), para las cuales *"Nuptiae sive matrimonium es viri et mulieris conjunctio"*.
A su vez las Partidas, texto de Derecho Castellano Medieval que rigiera durante siglos en Chile, después de señalar en el Prólogo de la Cuarta Partida que hombres y mujeres *"eran de cuerpos departidos segund natura"*, afirmó que *"Matrimonio es ayuntantamiento de marido, e de mujer, fecho con tal intención de bevir siempre en uno, e don se departir"* (Partida 4, título II, ley 1 *"Que cosa es matrimonio"*);
5.- Que la doctrina, asimismo, ha entendido que el matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer. En Chile Somarriva, en un libro que es clásico en la materia, al comentar la definición del artículo 102 del Código Civil, acota que a diferencia de los contratos patrimoniales en que no importa el sexo ni el número de contratantes, *"en el matrimonio, las partes sólo pueden ser dos y de diferente sexo, dada la finalidad que se persigue. Y tan esencial es la diferencia de sexo, que ello constituye no sólo un requisito de validez, sino de existencia"* (Somarriva Undurraga, Manuel: *"Derecho de Familia"*. Nascimento. Santiago de Chile, 1963, pág. 19).
Tan universal ha sido la concepción del matrimonio como la unión entre hombre y mujer, que un conocido autor español en su discurso de incorporación en 1995 a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, diría: *"Afirmar que el modelo matrimonial de Occidente ha sido siempre heterosexual, es decir algo tan obvio que históricamente, por su evidencia, no ha necesitado de argumentación alguna. Es ya lugar común en la doctrina la aseveración de que los sujetos de la relación jurídico-matrimonial son, precisamente, un varón y una mujer. Es decir, que lo que distingue el amor conyugal de cualquier otro es su específico carácter de complementariedad sexual"*. Y añade: *"Lógica consecuencia de la propia noción de matrimonio, que no sólo es un vínculo de unión entre varón y mujer, sino más propiamente un varón y una mujer unidos entre sí a través de la integración de las diferencias naturales propias de la distinción de sexo"* (Navarro Valls, Rafael: *"Matrimonio y Derecho"*. Tecnos. Madrid, 1995, págs. 89-90);
6.- Que, acorde con lo establecido en el artículo 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que afirma que *"[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad"*, el artículo 1° de la Ley de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004, reitera a la letra esa declaración y luego añade que *"[e]l matrimonio es la base principal de la familia"*.
Atendida, entonces, la importancia social del matrimonio, que se expresa en los fines que el artículo 102 del Código Civil le reconoce, entre los cuales incluye la procreación, es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de distinto sexo ya que sólo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo;
7.- Que, en esta materia, la legislación se encuentra en conformidad con tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención

Americana de Derechos Humanos, reconocen *"el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio"*, mientras que en el elenco de los otros derechos utilizan los términos genéricos *"toda persona"* o *"todo ser humano"* para referirse a sus titulares;
8.- Que, teniendo en cuenta que es materia de ley la regulación del matrimonio, la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto legal impugnado no resulte contraria a la Constitución Política.
Voto Particular redactado por el Ministro que lo suscribe.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado dejan constancia de que estuvieron por pronunciarse derechamente sobre el fondo del requerimiento deducido por la Corte de Apelaciones de Santiago, declarando que no resulta contraria a la Constitución la aplicación del artículo 102 del Código Civil, en el proceso sobre Recurso de Protección N° 6787-2010.

Fundamentan su decisión en lo razonado en los considerandos Primero a Cuarto de la sentencia de mayoría, con excepción del Ministro señor **Enrique Navarro Beltrán,** que también coincide con sus considerandos Quinto, Sexto y Séptimo, no suscribiendo, ninguno de dichos ministros, en lo demás, el voto de la mayoría, teniendo en su lugar y especialmente presente, los siguientes motivos:
1.- Este Tribunal Constitucional abrió el presente proceso con el objeto de conocer y fallar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el marco del Recurso de Protección N° 6787-2010, ejerciendo la atribución que le confiere el N° 6 del artículo 93 de la Constitución, una vez que dicho requerimiento fue declarado admisible por una de sus salas, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso undécimo de la citada norma constitucional;
2.- El aludido requerimiento del Tribunal de Alzada de la Capital solicita que esta Magistratura emita pronunciamiento sobre ***"la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, respecto de la materia del presente recurso de protección cuya copia se le adjunta"***;
3.- La materia de la acción constitucional de protección en cuestión consiste, conforme al mérito de los antecedentes remitidos por la Corte, en la pretensión del recurrente, señor Jaime Silva Alarcón, de que el Tribunal de Alzada declare arbitraria, por infringir el N° 2 del artículo 19 de la Constitución, la negativa de un Oficial del Registro Civil de acceder a solicitudes, formuladas por personas del mismo sexo, para conceder hora para contraer matrimonio en Chile; de convalidar su matrimonio válidamente celebrado en Argentina, y de inscribir su matrimonio válidamente celebrado en Canadá, ***"restableciendo el imperio del Derecho ordenando que se les otorgue hora para la celebración del matrimonio y se proceda a la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero, según el caso";***

4.- Consta de los antecedentes remitidos por la Corte de Santiago que el fundamento legal invocado por el Registro Civil ha sido, para el caso de la negativa a conceder hora para celebrar el matrimonio entre ellos, formulada por Cesar Antonio Peralta Wetzel y Hans Harlod Arias Montero, el artículo 102 del Código Civil, el cual establece que ***"el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente"***, y que, para el caso de la negativa a inscribir los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, ha sido el incumplimiento del requisito establecido en el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, de acuerdo al cual el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiese celebrado en territorio chileno, ***"siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer"***, precepto legal este último que no ha sido impugnado en este proceso constitucional y sobre el cual, en consecuencia, no procede pronunciamiento de este Tribunal;

5.- En cuanto al artículo 102 del Código Civil, único precepto legal efectivamente impugnado, si bien es cierto que, como lo sostienen quienes forman mayoría, el requerimiento de inaplicabilidad de autos puede estar falto de la precisión y fundamentación deseable en una acción constitucional de esta clase –motivo que a ellos les basta para llegar a calificarla de inidónea y desechar la acción deducida por la Corte de Santiago-, los jueces que suscribimos este voto particular creemos que, habiéndose declarado admisible el requerimiento de la Corte de Santiago resulta más apropiado que nos pronunciemos derechamente sobre la cuestión que se ha sometido a nuestra decisión, por estimar que ello resulta más compatible con el deber de inexcusabilidad que recae sobre esta Magistratura, y más coherente con su responsabilidad como titular del sistema nacional de solución de conflictos constitucionales, que le exige favorecer la mayor certeza jurídica sobre la interpretación de la Constitución, que la sociedad merece;

6.- Al emprender esta tarea es preciso, en primer término, constreñir el conflicto dentro los términos en que ha sido planteado, esto es, decidir si la aplicación del artículo 102 del Código Civil por la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver si es o no arbitraria la negativa de un Oficial del Registro Civil de celebrar el matrimonio entre dos varones entre sí, resulta efectivamente contrario al derecho a la igualdad ante la ley, asegurado por el N° 2 del artículo 19 de la Constitución, de modo tal que, pronunciada la inaplicabilidad, dicho precepto legal no pueda ser aplicado por la Corte requirente y deba ésta resolver, prescindiendo de esa ley, si dichos varones pueden, o no, contraer matrimonio entre sí;

7.- Siendo el reproche constitucional que amenaza condenar la aplicación del artículo 102 del Código Civil en la gestión que se sigue en la Corte de Santiago, la arbitrariedad en que dicho precepto legal incurriría al reservar el contrato de matrimonio únicamente a personas de distinto sexo, excluyendo a las del mismo sexo, conviene tener presente que tal exigencia, respecto de la calidad de las partes que pueden celebrar dicho contrato, es una excepción a la regla general aplicable a toda clase de contratos, consagrada en su artículo 1.438 del citado cuerpo legal, según el cual en todo contrato ***"cada parte puede ser una o muchas personas"***, sin distinción del sexo de ellas. Pero también dicha regla hace ostensible que el sexo de las partes no es la única excepción que el precepto cuestionado contiene respecto de las partes que pueden válidamente celebrar el contrato de matrimonio, pues también prohíbe que cada parte sea más de una persona: ***"un hombre y una mujer"***, puntualiza el artículo 102, cuestión ésta que no

debe resultar indiferente al resolver sobre la inconstitucionalidad de su aplicación en la decisión de gestiones judiciales;
8.- Al entrar estos jueces a resolver la cuestión debatida tienen presente la frondosa jurisprudencia sobre el principio de igualdad constitucional que esta Magistratura ha desarrollado, que se inicia con la sentencia recaída en el proceso Rol 28, de 1985 y alcanza su mayor extensión, más recientemente, en las sentencias dictadas en los procesos roles 1254-09, 1287-09, 1399-09 y 1710-10. En sus rasgos esenciales la doctrina allí sentada señala que la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite al legislador dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre las distintas personas o grupos de personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga;
9.- En esta perspectiva, la disposición objetada, al reservar la celebración del matrimonio sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias, como ocurre, por ejemplo, en la legislación laboral y previsional. Del mismo modo resulta claramente razonable, y no arbitrario o caprichoso, que quienes celebran el contrato matrimonial definido en el artículo 102 del Código Civil, sean, precisamente, un hombre y una mujer, habida consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada;
10.- Cabe tener también presente que el legislador debe dar una respuesta normativa a las realidades sociales, respetando las características que las constituyen y configuran. En la especie la institución jurídica del matrimonio, si bien puede mutar en sus efectos, viene a regular la unión afectiva estable entre hombre y mujer. Esta es la realidad que, hasta ahora, ha debido abordar el legislador republicano desde que reguló el matrimonio en el Código Civil de 1855;
11.- Las motivaciones precedentes han sido también consideradas por otras magistraturas constitucionales. En efecto, recientemente la Corte Constitucional francesa (Conseil Constitutionnel) ante similar situación resolvió que el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de forma distinta situaciones diferentes, ni a que se derogue la igualdad por motivos de interés general, siempre que, en uno y otro caso, la diferencia de trato tenga directa relación con el objeto que la Ley persigue, que, manteniendo el principio según el cual el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, el legislador ha estimado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 34 de la Constitución [francesa], que la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer pueden justificar una diferencia de tratamiento en cuanto a las normas del derecho de familia (sentencia 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011). En similar sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht) ha decidido que la Constitución Federal asegura el matrimonio en su respectiva fisonomía a través del legislador, y que, en todo caso, éste debe obedecer a los principios estructurales esenciales que impregnan el matrimonio. Concluyendo que, de acuerdo a la jurisprudencia sostenida de ese Tribunal, pertenece a lo anterior el hecho de que el matrimonio es una unión de un hombre con una mujer para una vida en conjunto y duradera (sentencia 1BvF 1/01 y 1BvF 2/01, de 17 de julio de 2002);
12.- Con lo razonado en los motivos precedentes podemos afirmar que el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil, disciplinado además por otras numerosas disposiciones del mismo cuerpo legal y por la Ley de Matrimonio Civil, entre otras leyes que lo regulan desde diversas perspectivas es, por su concepción misma, por su origen histórico social, por su fisonomía y por sus finalidades propias,

una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer, no siendo admisible concluir, de dicha característica propia de la institución matrimonial tal y como está actualmente consagrada en la legislación civil chilena, que la aplicación del artículo 102 del Código Civil pueda resultar contraria a la Constitución cuando fundamenta la negativa de un Oficial Civil de celebrar el matrimonio de dos varones entre sí. Por el contrario, estimamos que su aplicación en tal caso no resulta contraria a la Constitución, y así debe declararlo este Tribunal Constitucional;

13.- Ahora bien, los jueces que suscribimos este voto particular desechando la inconstitucionalidad de la aplicación del precepto legal cuestionado por estimar que, tratándose de la celebración del contrato de matrimonio, la diferencia legal de trato entre parejas de distinto sexo y parejas homosexuales no puede considerarse, en sí misma, como una discriminación arbitraria contraria a la Constitución, creemos necesario precisar que nuestra decisión recae en un precepto legal concreto, el artículo 102 del Código Civil, que está inmerso en la regulación de una realidad enteramente diferente a la que conforman las parejas homosexuales. Por ello, no manifiesta juicio sobre el que, en definitiva, se trasunta como fundamento primario del reproche de arbitrariedad que los recurrentes de protección formulan a la diferencia consagrada en artículo 102 del Código Civil, el cual, en realidad, importa un cuestionamiento integral a la forma como está actualmente regulada, en la legislación civil chilena, la institución matrimonial. Dicho planteamiento revela que la cuestión de fondo es que, mientras ***"en la práctica las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio. Sin embargo, las parejas homosexuales solo pueden convivir pero sin gozar de ningún tipo de protección legal con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva".*** (En la copia del recurso de protección, a fs. 4 de este expediente constitucional);

14.- Si bien nuestro voto descarta la inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador, y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.

Sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las opciones legislativas que los Poderes Colegisladores eventualmente escojan en dicho propósito, se cuidarán estos jueces de adelantar opinión, pues la prudencia que debe gobernar el ejercicio de nuestro ministerio nos exige guardar silencio sobre conflictos futuros, aún más si son hipotéticos, ya que así procuramos ofrecer a la sociedad, más cumplidamente, la garantía de objetividad e imparcialidad que los jueces le debemos.

Voto Particular redactado por el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la sentencia, teniendo presente, además, las siguientes consideraciones:

1º. Que la regulación referida a la familia tiene, tal como se afirma en el considerando quinto de la sentencia, un fundamento constitucional en las materias reservadas a la ley de conformidad con los numerales 3º y 20º del artículo 63 de la Carta Fundamental.

No obstante lo anterior, y en concepto de esta previniente, el matrimonio tiene, al menos otros dos fundamentos constitucionales que resulta importante tener presentes a la hora

en que el legislador cumpla con su labor de desarrollar la regulación de tal unión y de sus efectos;
2º. Que, en primer término, el inciso segundo del artículo 1º de la Constitución Política sentencia que "*la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*" reafirmando la idea de que la vía a través de la cual una persona ingresa a la sociedad es, precisamente, a través de la familia. Desde ese punto de vista, la familia, como grupo intermedio natural, resulta fundamental para preservar el cuerpo social.
Adicionalmente, la familia cumple una serie de funciones que han llevado a concebirla como *"núcleo fundamental de la sociedad"* y a imponer al Estado el deber de darle protección y de propender a su fortalecimiento. Así se distingue, en primer lugar, "*una función de equidad generacional, caracterizada por la promoción de la solidaridad diacrónica entendida como la corresponsabilidad intergeneracional entre ascendientes y descendientes. En segundo lugar, la función de transmisión cultural, pues se considera que la familia natural educa en la lengua, las costumbres, las creencias religiosas, las formas de relación legitimadas socialmente y el trabajo. En tercer lugar, la función de socialización, que alude a la provisión de los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permiten a una persona la pertenencia a un grupo social más amplio, pues se tiende a coincidir en su apreciación como una comunidad, inserta en una red de comunidades. En cuarto lugar, cumple una función de control social, pues transmite e irradia el compromiso de sus integrantes con la vigencia de normas justas, con la observancia de preceptos que involucran asumir responsabilidades de interés colectivo y con la adscripción a códigos morales que promueven la virtud. En quinto lugar, cumple una función de afirmación de la persona por sí misma, ofreciendo a sus integrantes el respeto, el resguardo y la promoción de su valor como persona, al margen de consideraciones de edad, sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral."* (Jorge del Picó Rubio. *"Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno."*. En: Revista Ius et Praxis, Año 17, Nº 1, Universidad de Talca, 2011, p. 38);
3º. Que el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así, la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer no sólo contribuye al logro de las demás funciones del matrimonio –vivir juntos y auxiliarse mutuamente-, sino que resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo, perspectiva que, sin duda, debe ser tenida en cuenta por el legislador al regular los efectos del matrimonio. Dicho, en otros términos, esta regulación no puede prescindir del hecho que el matrimonio entre un hombre y una mujer resulta fundamental para que la familia se consolide como verdadero núcleo fundamental de una sociedad que aspira a seguir existiendo a través de la renovación progresiva de las generaciones que se produce a partir de dicha unión.
Así, la importancia social del matrimonio, expresada en los fines que le asigna el artículo 102 del Código Civil, lo configura como una verdadera institución, a la cual está asignada, entre otras funciones, la de procrear, esto es, el proceso completo por el que se trae un nuevo individuo al mundo (Dorland, William. Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina. Editorial Elsevier, 30ª. Edición, Madrid, 2005), lo que sólo puede ser logrado a través de la unión de dos células, masculina y femenina, como las que se encuentran en el acto carnal entre un hombre y una mujer;

4º. Que un segundo fundamento constitucional adicional vinculado al matrimonio se encuentra en el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental que señala que "*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*". Ello, después de definir el fin del Estado o bien común, en el inciso cuarto de su artículo 1º, que debe construirse "*con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*.";
5º. Que el carácter de derecho esencial del matrimonio no puede ser discutido, ni sociológica ni jurídicamente. Desde el primero de estos puntos de vista, porque el matrimonio permite al hombre y a la mujer la natural complementariedad de dos naturalezas diferentes en pro de la proyección del vínculo afectivo que lo genera, como también del logro de las funciones de la familia a que dicho matrimonio dará lugar.
Jurídicamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, precisa que: "*1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*".
El artículo 23 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, entretanto, señala que: "*1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello (…).*".
La Convención Americana de Derechos Humanos, prescribe, a su vez, en su artículo 17, que: "*1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (…)*".
Así, no puede extrañar que durante la etapa de gestación de la Constitución, cumplida en la Comisión de Estudio, diversos comisionados se hayan referido a la naturaleza del matrimonio como un derecho humano (Sr. Ovalle en la sesión Nº 77, de 14 de octubre de 1974 y Sr. Guzmán, en sesión Nº 83, de 31 de octubre de 1974).
La Ley de Matrimonio Civil, del año 2004, también concibió al matrimonio como un derecho esencial inherente a la persona humana (artículo 2°, inciso primero);
6º. Que si el matrimonio entre un hombre y una mujer, además de ser una institución, constituye un derecho humano esencial, su configuración o regulación debe realizarse atendiendo a los valores y fines constitucionales (María Martín Sánchez. *"El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España. Ley 13/2003, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio."*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº 13, enero-julio 2010, p. 261). En Chile, entre dichos principios fundamentales, se encuentra el de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad;
7º. Así, esta previniente considera que la regulación del matrimonio fue remitida por el Constituyente al legislador, teniendo presente no sólo su dualidad de derecho-institución, sino en base a los valores y principios constitucionales que llevan a considerar la estrecha unión entre el matrimonio entre un hombre y una mujer y las funciones de la familia concebida como *"núcleo fundamental de la sociedad"*.
Una interpretación armónica y de conjunto de las normas constitucionales resulta, pues, indispensable frente a un tema de suyo complejo. Ello explica que la Corte Europea de

Derechos Humanos, en su sentencia de 24 de junio de 2010, pronunciada en el caso Schalk and Kopf v. Austria, haya sostenido que "*el artículo 12 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) no impone a los Estados contratantes una obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio. El artículo 14 tomado en conjunción con el artículo 8, otorgan una provisión de un propósito y alcance más amplio, que no puede ser interpretada como la imposición de una obligación*." (Consid. 101).

De lo antes señalado se desprende, pues, que aun cuando el legislador está facultado para desarrollar un derecho fundamental como el de contraer matrimonio, no puede hacerlo al margen de los valores y principios expresamente consagrados en la Constitución, por imperativo de los incisos segundo y tercero del artículo 6° de la misma Carta Fundamental.

Voto Particular redactado por la Ministra que lo suscribe.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY Y GONZALO GARCÍA PINO.

Se previene que los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino concurren a la sentencia, teniendo presentes, además, las siguientes consideraciones:

1. Que diversos países han enfrentado decisiones como la que corresponde emitir a esta Magistratura. Lo han hecho considerando, por una parte, su marco constitucional y, por otra, la existencia o no de alguna regulación sobre las uniones de hecho;
2. Que, en este sentido, resulta ilustrativo lo resuelto por el Consejo Constitucional Francés, en enero de 2011, en una causa análoga al caso *sub lite*.

En esa ocasión el Consejo Constitucional se pronunció sobre una solicitud de inconstitucionalidad de dos preceptos del Código Civil que excluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo. En ella, resolvió que según la Constitución francesa (art.34) corresponde al legislador reglar el estado y capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales y, en general, los asuntos de familia; que la estipulación del matrimonio sólo entre un hombre y una mujer no afecta el desarrollo de la vida personal y familiar, pues existen en Francia otras figuras legales que permiten y regulan la convivencia entre personas de un mismo sexo, como la ley que establece el Pacto de Solidaridad; y que, por mandato constitucional, compete al Parlamento la elección del sistema más adecuado para la plena realización de las personas que tienen preferencias sexuales por sujetos de su mismo sexo. (C. 9, 2010−92 QPC, de 28 de enero de 2011);

3. Que este razonamiento coincide con lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Schalk and Kopf contra Austria, de junio de 2010; y con lo establecido por la Corte Constitucional de Colombia en julio del 2011. En ambos casos se señaló que el derecho a formar una familia es independiente del derecho a contraer matrimonio, y que la vida familiar se puede desarrollar fuera del ámbito matrimonial, por lo que el impedimento de contraer matrimonio para personas de igual sexo en sí mismo no vulnera el derecho a formar una familia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo, además, que cada país es libre para decidir si el matrimonio deba ser sólo para personas de diferente sexo o, por el contrario, abierto a personas del mismo sexo. Lo que sí es una exigencia derivada de los instrumentos internacionales de derechos humanos, es que exista un reconocimiento legal de las uniones de hecho, independientemente de la orientación sexual de los

convivientes. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en el fallo mencionado anteriormente, exhortó al legislador a regular las uniones entre parejas del mismo sexo, sin discriminaciones arbitrarias;

4. Que dichos elementos de análisis nos parecen una metodología adecuada para resolver el presente requerimiento, por lo que partiremos por ella.

EL MATRIMONIO FRENTE A LA CONSTITUCIÓN.

5. Que corresponde, entonces, en primer lugar, examinar lo establecido en nuestra Constitución.

Al respecto, debe señalarse que la Constitución no se refiere al matrimonio: no lo define ni fija sus características. Incluso cuando se intentó consagrar su indisolubilidad en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Sesión N° 191, de 18 de marzo de 1976), luego de un amplio debate se decidió dejar fuera del texto constitucional el tema. Tampoco se pronuncia la Constitución sobre si los contrayentes deben ser sólo un hombre y una mujer, como sí lo hacen otras constituciones de Sudamérica, tales como la de Bolivia (artículo 63), Paraguay (artículo 49), Ecuador (artículo 67), Colombia (artículo 42) y Venezuela (artículo 67).

Marca una diferencia con las constituciones de otros países como Alemania (artículo 6.1) o Brasil (artículo 226), pues nuestra Constitución no vincula el matrimonio con la protección de la familia. Tampoco la Constitución reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio, como sí lo hacen otras Constituciones de Sudamérica, según se ha ejemplificado;

6. Que, por otra parte, la noción de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico ha ido evolucionando con el tiempo.

En efecto, bajo la Constitución de 1980, es posible apreciar importantes modificaciones a la regulación legal del matrimonio y sus efectos. Ya en 1989, mediante la Ley N° 18.802, se terminó con la autoridad del marido sobre la persona de la mujer y se le dio aun más intervención a ésta en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, permitiéndosele trabajar sin pedir autorización del marido; en 1994, mediante la Ley Nº 19.335, se redefinieron los derechos y deberes entre los cónyuges y se permitió pactar el régimen de participación en los gananciales como alternativa a la sociedad conyugal; en 1998, mediante la Ley N° 19.585, se consagró la igualdad jurídica entre todo tipo de hijos, con independencia del matrimonio de sus padres, y en lo relativo a los derechos y deberes respecto de los hijos, se afirmó el "interés superior del niño" como principio rector; en 1999, mediante la Ley N° 19.611, se consagró la igualdad constitucional entre hombre y mujer; en 2004, con la Ley Nº 19.947, de Matrimonio Civil, se permitió y reguló el divorcio vincular, se cambiaron las causales de nulidad del matrimonio y se reguló la separación; en 2008, mediante la Ley Nº 20.286, se eliminó la mediación obligatoria y se simplificó la conciliación en los procedimientos para pedir el divorcio o la separación.

Todo lo anterior demuestra los importantes cambios experimentados por el Derecho de Familia, procurando relaciones más igualitarias entre los cónyuges, en lo referente al régimen de bienes, a los derechos de todos los hijos, al reconocimiento de la disolubilidad del vínculo, ya sea por culpa, por mutuo acuerdo o por voluntad de uno de los cónyuges, según lo establece la Ley Nº 19.947, de 17 de mayo de 2004. Lo mismo se concluye al analizar la legislación relativa a la adopción, los alimentos y los bienes familiares y el establecimiento de los Tribunales de Familia, entre otras materias.

La evolución también se observa a nivel constitucional. Así, la Constitución de 1823 señalaba que la calidad de ciudadano estaba reservada para *"todo chileno natural o legal que habiendo cumplido veintiún años, o contraído matrimonio, tenga alguno de"* ciertos requisitos (artículo 11). Asimismo, la Constitución de 1828 exigía como

requisito para ser electo diputado el estar casado o haber cumplido veinticinco años (artículo 28). Además, las constituciones de 1822 (artículo 4°), 1823 (artículo 6°), 1828 (artículo 6°) y 1833 (artículo 6°) exigían como requisito para obtener la nacionalidad chilena por naturalización, el estar casado.
Todas estas referencias desaparecieron en las constituciones de 1925 y de 1980;

7. Que, como se ha dicho anteriormente, nuestra Carta Fundamental no vincula el matrimonio con la protección de la familia. La propia Ley de Matrimonio Civil, en el inciso primero de su artículo 1º, señala que *"la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia."* Al indicarse que el matrimonio es la base principal de la familia, se reconoce –a contrario *sensu*- que no es la única, como queda claro de la historia del establecimiento de esa disposición. Todo matrimonio da origen a una familia, pero no todas las familias tienen su origen en un matrimonio;
8. Que si bien nuestra Constitución no consagra en forma explícita el derecho fundamental a contraer matrimonio, sí lo hacen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile. El artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: *"Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello"*. El artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, señala: *"Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención"*. Lo mismo ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 16 señala que *"los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio*".

Al interpretar tales instrumentos debe tenerse presente, en primer lugar, que en ellos se reconoce el derecho tanto a hombres como a mujeres y se señala que la regulación de cada Estado no puede ser discriminatoria. En ninguno de ellos se señala que el matrimonio sólo se reconozca a hombres "con" mujeres o viceversa, aun cuando una interpretación originalista niegue tal diversidad.
En segundo lugar, que la determinación de estos derechos se debe regular por las leyes internas de cada país, estando en la esfera del legislador establecer las reglas de capacidad, consentimiento, demás requisitos, forma de celebración y efectos del matrimonio.
En tercer término, que para desarrollar tal legislación, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos obligan al reconocimiento de un estándar que los Estados no pueden ignorar al adoptar regulaciones sobre la materia. En tal sentido, ha de tenerse presente que los derechos reconocidos en tales instrumentos deben interpretarse conforme al principio *pro homine* y *pro libertatis* y, en ningún caso, en forma que signifique una limitación a ampliaciones de los mismos derechos que los Estados puedan establecer;

9. Que, consecuente con dichos tratados, el legislador ha concebido al matrimonio como un derecho subjetivo esencial. Es así como el artículo 2° de la Ley N° 19.947 dispone que *"la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de*

esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes". En tal sentido, es indudable que todos tienen derecho de contraer o no matrimonio*;*

10. Que, al estar regulado en la ley, el matrimonio adquiere el rango y la fuerza de este tipo de normas. Ello implica, por de pronto, que una ley puede modificarlo. Las leyes, de acuerdo al artículo 63 de nuestra Constitución, se aprueban, modifican o derogan por otras leyes.

Enseguida, esto implica que no podemos constitucionalizar lo establecido en preceptos legales. El Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero no la crea. No puede darle rango constitucional a normas dictadas por el Poder Legislativo, no por el poder constituyente. La Constitución establece su propio mecanismo de incorporación de normas a su texto. Dicho mecanismo debe ser acatado por todos los órganos del Estado, incluido el Tribunal Constitucional, quien también debe "someter su acción a la Constitución" (STC Rol 1284/2009).

Asimismo, como se ha sostenido en esta sentencia, no podemos desnaturalizar el recurso de inaplicabilidad. El Tribunal no resuelve una inaplicabilidad en base a una norma legal; el precepto legal es el objeto de su examen, pero no su referente. Las leyes que examina no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante. En este recurso se enjuicia una norma legal en su confrontación con la Constitución, no con una ley (STC Rol 1284/2009).

Tampoco podemos darle un valor absoluto a una norma legal, en circunstancias que puede haber otras que apunten en un sentido distinto o contradictorio. No existe una opción del constituyente por erigir un modelo determinado de unión heterosexual. Si el constituyente se mantiene neutral frente a las preferencias del legislador al momento de definir el matrimonio, esta Magistratura no puede cerrar esa opción. Si el matrimonio hoy es entre un hombre y una mujer, no es porque lo diga o lo establezca la Constitución, sino la ley.

Finalmente, no podemos igualar un concepto constitucional con uno legal. Ello puede rigidizar lo que el constituyente dejó abierto a la configuración legislativa, impidiendo su adaptación en el tiempo;

11. Que esta misma interpretación se expresa en varias mociones que buscan consagrar en la Carta Fundamental que el matrimonio es sólo posible entre un hombre y una mujer. En una de ellas, iniciada por los actuales Ministros Andrés Chadwick y Pablo Longueira (boletín N° 7656-07), se expresa que *"el constituyente originario estimo (sic) innecesario expresar que el matrimonio siempre será el soporte esencial de la familia y que éste sólo puede ser celebrado entre un hombre y una mujer"*. En otra moción, iniciada por los Senadores Chahuán, Horvath y Prokurica, se sostiene que nuestra Constitución "debe incluir, en forma explícita, que el matrimonio es entre un hombre y una mujer".

Con ello se reconoce expresamente que en la actualidad dicha restricción para contraer matrimonio no está en la Constitución, sino en la ley;

12. Que, luego, conforme *al* artículo 63, N°s 3 y 20, de la Constitución, compete al legislador determinar la regulación del matrimonio, sus requisitos, formalidades y efectos, respetando los derechos fundamentales y sin establecer diferencias arbitrarias. Se trata de una materia de codificación en el ámbito civil que estatuye una de las bases esenciales del Derecho de Familia, cuyas normas, junto con regular relaciones entre personas en el ámbito de la vida privada, tienen una dimensión de orden público que las diferencia del resto del Derecho Civil;

13. Que, por último, no puede estimarse que nuestra Constitución consagre una garantía institucional sobre el matrimonio, pues, como se ha dicho, la Constitución no contiene una norma constitucional sobre el matrimonio con determinados contenidos y porque no protege un modelo determinado de familia en desmedro de otros.

La garantía institucional se invoca para preservar la inmutabilidad de un estatuto jurídico o la inalterabilidad de aspectos esenciales de aquél.

Sin embargo, cabe señalar, en primer lugar, que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio tiene un estatuto jurídico complejo que está sustentado sobre derechos fundamentales de las personas que, en nuestro derecho, fueron configurados otorgándole un amplio espacio de determinación al legislador.

En segundo lugar, en un contexto como el actual, se ha entendido que las "garantías institucionales" son aquellas que la Constitución otorga a una organización o institución, para resguardarla limitando la injerencia del poder legislativo (Baño León, José María, "La distinción entre el derecho fundamental y la garantía institucional en la Constitución española", Revista Española de Derecho Constitucional N° 24 (septiembre-diciembre), 1988, p. 155 y ss.), lo que no ocurre en este caso.

Frente a ello, cabe señalar –siguiendo a Peter Haberle- que *"la familia y el matrimonio necesitan también de muchos otros derechos fundamentales. Bastaría recordar, en particular, la propiedad y el derecho sucesorio como garantías de la base material de ambas. Familia y matrimonio son, por otra parte, instrumentos de realización y de protección de la personalidad, a la cual dan una dirección y un sostén más allá de la seguridad"*. (Haberle, Peter, La libertad fundamental en el Estado Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 65).

Por ello, nos encontramos frente a la idea de que la protección de los elementos nucleares de una institución como el matrimonio, no se puede lograr sino a través de cautelar el contenido esencial de los derechos de sus integrantes. Por tanto, el legislador, en su regulación del matrimonio, si afectare derechos fundamentales, en tal caso, más que vulnerar una garantía institucional, faltaría al deber de respetar el contenido esencial de esos derechos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la Constitución;

LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN.

14. Que, por otra parte, la Constitución tampoco define un modelo de familia. Al referirse a ella, en el artículo 1°, incisos segundo y quinto, señala: *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (…) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional."* (Énfasis agregado);
15. Que, como se desprende del tenor literal de los preceptos transcritos, la Carta Fundamental reconoce que *"la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*" y que *"es deber del Estado (……) dar protección a la población y a la familia (…)*". La primera disposición es una constatación sociológica, antropológica e histórica, mientras que la segunda importa la formulación de un principio jurídico que se traduce en un deber del Estado. Ninguno de los dos preceptos se refiere a un solo tipo de familia de contornos bien determinados. No se establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia;
16. Que lo mismo se concluye al analizar el artículo 19 N°4° de la Constitución, que consagra el derecho al respeto a la vida privada y a la honra de la persona y de

su familia. La protección de este derecho no está supeditada a la celebración legal de un matrimonio. Un criterio de tal naturaleza vulneraría la esencia del derecho al establecer un requisito que privaría de un derecho fundamental a una parte de la población. La honra familiar que se protege es amplia y sin fronteras;

17. Que lo anterior es razonable, considerando que la familia es una unión de individuos en la cual los sujetos desarrollan su intimidad en común. Además, como enseña la historia, la familia ha evolucionado profundamente hasta nuestros días, como se puede advertir, por ejemplo, de la simple lectura del artículo 815 del Código Civil. El concepto de familia que reconoce la Constitución trasciende al acuñado por el Código Civil. Así es reconocido por las ciencias sociales y jurídicas y, en especial, por los estudiosos del Derecho de Familia.

Los enunciados constitucionales referidos a la familia están estructurados de forma indeterminada y abierta, dejando a la ley la tarea de ir configurando la institución conforme al devenir social y cultural de la sociedad. Ello obedece a que las sociedades cambian y la familia siendo el núcleo basal de la misma, también evoluciona. La familia aparece universalmente como una realidad cotidiana cuyo significado, si bien resulta evidente, presenta características que varían en el espacio y en el tiempo. Ello, explica por ejemplo, por qué las normas civiles que la regulan han evolucionado frente a las exigencias constitucionales (Tapia Rodríguez, Mauricio: "Constitucionalización del Derecho de Familia(s). El Caso Chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N°8, 2007). De lo contrario, esas normas pueden quedar obsoletas o perder vigencia;

18. Que ello, además, es coherente con una interpretación sistemática de la Constitución. Las normas citadas deben complementarse con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 1º de la Ley Suprema, que dispone que "*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.*" (Énfasis agregado); y con lo que la Constitución señala al estipular que el Estado debe "*promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*".

A su vez, el Derecho de Familia desarrolla los principios y normas constitucionales y regula las relaciones que la constituyen: el parentesco, la alianza y los derechos y deberes entre sus integrantes. Al hacerlo establece un equilibrio entre la privacidad de la institución y el interés público comprometido en su protección;

19. Que los tratados internacionales sobre derechos humanos tampoco consagran un modelo único de familia. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que "… *el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto*…" (Observación General N° 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, 1990, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 171);
20. Que así como hemos señalado que no es posible reconocer rango constitucional al matrimonio, tampoco es posible hacerlo respecto de un determinado modelo de familia.

Ello explica que el legislador y el administrador chileno hayan reconocido diversas modalidades de familia.
Por una parte, está la familia tradicional fundada en el matrimonio, a la cual se refieren en forma lata el Código Civil y, en general, la legislación.
En segundo lugar, están las familias de hecho o convivientes. Respecto de ellas existe un conjunto de normas legales que les brindan reconocimiento y amparo. Por ejemplo, el Código Penal utiliza esta figura en los artículos 11 N° 4, 259, 367 bis, 369 y 390. Asimismo, el Código Procesal Penal se refiere a la convivencia en los artículos 108, 177 y 302. Pero, más allá de la dinámica penal, también pueden postular a un subsidio de vivienda para comprarla o construirla, según lo dispone el Decreto Supremo N° 174, de 2005, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.
En tercer lugar, están las familias monoparentales reconocidas en la Ley de Adopción (N° 19.620), en su artículo 21, o en el artículo 195 del Código del Trabajo. También son familias susceptibles del derecho al subsidio de vivienda o son sujetos activos de programas públicos como el Programa de Mujeres Jefas de Hogar.
Y, en cuarto término, están las familias reconstituidas, formadas luego de quiebres matrimoniales o de convivencias anteriores y en el marco de nuevas relaciones de pareja reconocidas legalmente. Respecto de ellas también el legislador se ha encargado de regular aspectos como la tuición de los hijos, cuestiones patrimoniales, etc.
Lo mismo hacen algunas convenciones internacionales. Así, por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño habla de la "*familia ampliada"* (artículo 5°);

21. Que, además, no debe olvidarse que en la actualidad la mayoría de los hijos nacen en el marco de uniones no matrimoniales. Asimismo, el porcentaje de personas que conviven ha crecido en las últimas décadas y han aumentado las familias monoparentales.

Por su parte, las relaciones entre los miembros de una familia han ido cambiando: mientras antes se observaba una marcada jefatura del hombre, hoy se ha incrementado la jefatura femenina y el mismo Código Civil ha sido reformado para reconocer la paridad de derechos entre hombres y mujeres en el matrimonio.
Un análisis de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia revela que ella desde hace décadas igualmente ha reconocido los derechos, principalmente patrimoniales, que emanan de la convivencia entre dos personas. Consecuente con lo anterior, diversas leyes también lo han hecho, dando un paso más al considerar los efectos jurídicos de las relaciones que se establecen entre los convivientes, como sucede, por ejemplo, en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, en la definición del parricidio y en algunos cuerpos legales que establecen beneficios sociales (Barrientos, Jaime: *De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia.* Legal Publishing, Santiago, 2009); Turner, Susan: "Uniones de hecho y su regulación legal", en *Estudios de Derecho Civil*, en Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios de Derecho Civil*, LexisNexis, Santiago, 2007; y "La unión de hecho como institución del Derecho de Familia y su régimen de efectos personales", en *Revista Ius et Praxis*, Talca, N°1, 2010).
Cabe recordar que esta misma Magistratura, refiriéndose al delito de parricidio y analizando la legislación reciente, ha considerado que la convivencia es asimilable al matrimonio en ciertas circunstancias. En sentencia Rol Nº 1432, considerandos 36 a 38, señaló:
"*TRIGESIMOSEXTO: Que, por otra parte, en la historia fidedigna del precepto se tuvo la intención explícita de asimilar la convivencia al matrimonio en relación a los supuestos y consecuencias que genera la violencia en la pareja (véase Informe Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, discusión sobre artículo 5º e Informe de la Comisión Mixta; discusión sobre los*

artículos 2º y 14). Ello nos permite circunscribir aún más la noción de convivencia, por su relación con el matrimonio; TRIGESIMOSÉPTIMO: Que en tal sentido cabe tener presente, además, que el legislador ha utilizado al menos desde 1940 el concepto en diversas regulaciones, ya sea reconociéndole efectos jurídicos positivos a la convivencia, como titularidad sobre derechos, pretensiones judiciales, beneficios económicos o pensiones (Ley Nº 16.282, sobre sismos o catástrofes naturales; Ley Nº 19.696, que introdujo el Código Procesal Penal; Ley Nº 19.968, que crea los tribunales de familia; Ley Nº 19.980, que amplía los beneficios de la Ley Nº 19.123 sobre reparación; DFL Nº 1 de 2003, del Ministerio del Trabajo, que fijó el texto refundido del Código del Trabajo); así como fundamento de obligaciones para los convivientes (texto original de la Ley Nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias) e incluso en otras normas penales (Ley Nº 19.617, que modificó las normas sobre delitos sexuales; Ley Nº 19.927, que penaliza la pornografía infantil); TRIGESIMOCTAVO: Que, finalmente, hay que recordar que existe una interpretación judicial y doctrinaria muy sólida de su significado. En efecto, el término "convivencia" (anteriormente "concubinato") se utiliza desde hace varios años y ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales. Desde ya, nuestra Corte Suprema ha utilizado estos conceptos desde el año 1904 (Díaz Vargas con Carvajal, sentencia de 16 de diciembre, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. II, secc. 1ª, pág. 227), y le ha otorgado efectos jurídicos y un reconocimiento a dicha relación como una institución que posee un lugar propio en el derecho privado. El reconocimiento de efectos jurídicos por los jueces a la convivencia es una constante en nuestro derecho civil (Ramos Pazos, René, "Derecho de Familia", T. II, 6ª ed., 2009, págs. 627 y siguientes). Sus elementos, de acuerdo a la doctrina especializada, son, por una parte, un elemento objetivo (corpus), el vivir juntos, y, por otra parte, un elemento subjetivo (affectio), la conciencia de compartir la vida en común. Dicha unión se caracteriza por ser lícita (adecuada al ordenamiento jurídico), notoria o pública, de naturaleza afectiva y por poseer contenido sexual (Donoso Vergara, Florencia, y Rioseco López, Andrés, "El concubinato ante la jurisprudencia chilena", Santiago, Lexis-Nexis, 2007; Barrientos Grandón, Javier, "De las uniones de hecho", Santiago, Lexis-Nexis, 2008, págs. 28 a 51, y Ramos Pazos, René, ob. cit., págs. 627 y 628; y la numerosa jurisprudencia citada por dichos autores);".

A su vez, la jurisprudencia de los jueces de fondo sobre parricidio ha entendido que el concepto de conviviente incluye, en forma extensiva, a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual (Juez de Garantía de Coquimbo en causa RIT Nº 7.997-2008; e Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol N° 373-2006);

22. Que, en consecuencia, el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no.

Por ello, existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio sólo a personas de sexos diferentes;

LA IGUALDAD Y EL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL.

23. Que nuestro análisis no sería completo si no diéramos un paso más en nuestro examen de constitucionalidad. Además de la regulación de la familia y del matrimonio y de la constatación de falta de regulación de las uniones de hecho, a continuación examinaremos el asunto sometido a nuestro conocimiento a la luz

de la igualdad ante la ley y del derecho a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad;

24. Que la igualdad es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, en donde se *"configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista"* (STC 1185, C.11). Por tanto, la igualdad constituye una presión permanente sobre el sistema legal y social; es un desafío constante por consagrar una mayor justicia material en un contexto social y cultural donde todavía subsisten desigualdades significativas.

A su vez, se trata de un derecho fundamental que *"reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario y que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación."* (Nogueira, Humberto: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 2, Librotecnia, Segunda Edición, 2008, p. 223);

25. Que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente engendra una cuestión básicamente relacional: el test de igualdad debe realizarse en consideración con otras personas, casos, situaciones u otros derechos fundamentales. Al respecto se ha señalado que: *"La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones."* (Rubio Llorente, Francisco: *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640). *"En efecto, la igualdad sólo es posible entenderla y conceptualizarla a partir de la existencia de otros sujetos titulares del mismo derecho, de modo que se deba determinar con ello quiénes entran en la categoría de la igualdad y quiénes en la de la desigualdad."* (Ministerio Secretaría General de la Presidencia: *Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006)*, Tomo I, LOM, 2010, p. 389);

26. Que de acuerdo a lo sostenido reiteradamente por esta Magistratura, el parámetro de control de la igualdad es el juicio de razonabilidad. "*La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 Nº 2º de la Constitución. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos (STC 1365, C. 29; STC 28; STC 53; STC 219; STC 1138, C. 24; STC 1140, C. 19)";*

27. Que lo anterior es relevante, porque debe tenerse en consideración que las categorías "sexo" y "orientación sexual" corresponden a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación. Lo anterior exige realizar un examen más estricto de razonabilidad. Así se desprende de los artículos 1° y 19 N°2° de la Constitución, que señalan respectivamente que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Por su parte, el mismo

criterio es empleado por el Código Civil, al definir qué debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2º) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente.

Además, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1, se sostiene que el Estado debe respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, y señala enseguida: *"sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*", identificando así una serie de criterios sospechosos de discriminación, entre los que se encuentra el sexo y se comprende la orientación sexual. Lo mismo hace la Convención Americana, en su artículo 1.1, al señalar que el Estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado sin discriminación, principio que se ve reforzado en el artículo 24 de dicha Convención, que consagra la igualdad ante la ley. Ello se ve reforzado por lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belén Do Pará, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Como lo ha sostenido este Tribunal, el empleo de estos criterios sospechosos puede transformarse en una categoría contraria a la igualdad ante la ley cuando manifieste el "*propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas*" (STC Rol 986/2008; STC Rol 1414/2010);

28. Que, como se ha indicado, el legislador ha reconocido los efectos jurídicos de las relaciones entre parejas del mismo sexo, principalmente para efectos punitivos. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no contempla ninguna regulación explícita y completa de ese tipo de uniones. Cuando se excluye la proyección pública de una relación homosexual a través de los mecanismos que el legislador determine, se está sosteniendo, directa o indirectamente, que se trata de un tipo de relaciones de una calidad insuficiente, incapaz de dar origen a un conjunto claro de derechos y deberes. La omisión del legislador genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección para las uniones de personas del mismo sexo.

Desde un tiempo a esta parte se han presentado diversas iniciativas de ley destinadas a llenar ese vacío y a poner término a una falta de cumplimiento del deber del Estado de brindar protección y reconocimiento a ese tipo de convivencias;

29. Que será resorte del legislador verificar cuán profundo y extenso deba ser ese reconocimiento legal. A los poderes colegisladores les compete resolver las cuestiones que atañen a los conflictos sociales y morales de nuestro tiempo, terminando con el déficit de regulación existente, y respetando las normas y principios constitucionales. En tal tarea el legislador deberá evitar toda forma de discriminación arbitraria o de menoscabo en la dignidad y derechos de las personas; incluso deberá procurar – como ha dicho el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en un caso similar al *sub lite* – que el principio de "iguales pero separados", que sirvió de fundamento al apartheid, no tenga aplicación en el Derecho de Familia en razón de la orientación sexual de los sujetos (CCT 10/04, 1/12/2005);

PRIVACIDAD, SEXUALIDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

30. Que, como hemos afirmado anteriormente, el artículo 19 N° 4° de la Constitución resguarda la esfera de las relaciones familiares, de la convivencia mutua, del afecto, del vínculo interpersonal, de los actos de amor y de las relaciones sexuales, entre otras conductas. Como ha dicho el Tribunal Constitucional de Alemania, la sexualidad forma parte de la vida privada y todas las personas tienen derecho a determinar su definición sexual y a establecer relaciones con terceros respetando su libertad y madurez sicológica, según lo establezca la ley (sentencia de la Primera Sala de 21 de diciembre de 1977, en Schwabe, Jürgen (Compilador): *Cincuenta años de jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Federal Alemán,* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1982, p. 180 y ss).

No obstante referirse a la privacidad, algunos de estos actos se proyectan en la dimensión pública cuando dan origen a relaciones estables que pueden adquirir los rasgos fundamentales de la familia. Una manifestación clara de este reconocimiento público que hace el Estado es la creación de legislación específica para asegurar así el libre desarrollo de la personalidad;

31. Que si bien ha existido jurisprudencia dispar sobre el reconocimiento constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad, este Tribunal no puede negar lo evidente. Tal derecho se desprende del enunciado del artículo 19 N°7° y de otras disposiciones de la Constitución. El artículo 1°, inciso primero, al reconocer la dignidad de la persona; el artículo 1°, inciso cuarto, al señalar que es deber del Estado crear las condiciones que permitan a las personas alcanzar el mayor desarrollo y realización espiritual y material posible. Esta cláusula ha sido entendida por este Tribunal como el "*deber (que) abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto *derecho*. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos, cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad*" (STC Rol N° 634, C. 21°). El mismo artículo 19 reconoce otros derechos fundamentales, que presuponen el libre desarrollo de la personalidad, tales como el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, la libertad y seguridad individual, entre otros. Al respecto, este Tribunal ha señalado que "*el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad*" (STC Rol Nº 389, C. 21º, y Rol Nº 433, C. 27°).

Asimismo, la Constitución efectúa una mención indirecta a este derecho en el artículo 19 Nº 10°, al señalar que la educación tiene por objeto "el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida."

Por otra parte, el artículo 19 N°7° se vincula directamente con el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuya virtud *"la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás"*. A ello, su artículo 5 agrega que *"la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad"*. ¿Por qué se emparentan estas normas? Por dos razones. Porque no es razonable la inexistencia de una norma constitucional que garantice la autodeterminación personal que sostiene todo el andamiaje de las libertades personales y públicas. Y, por otro lado, porque la regla del límite de las libertades en torno al daño a los demás está

expresamente presente en el artículo 19 N° 7°, letra a), esto es, quedando a *"salvo siempre el perjuicio de terceros"*;

32. Que, consecuente con lo anterior, las personas son libres de vivir en pareja y tienen derecho a establecer lazos familiares. El Estado debe reconocer esa realidad, respetarla y brindarle amparo. Como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución de ese país: *"no existen razones atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales sólo merecen protección cuando se profesan entre personas de distinto sexo"*. (C-577/11);
33. Que el ejercicio de la sexualidad y la vida en familia no sólo deben ser objeto de protección en el ámbito de la vida privada, sino que su manifestación es más profunda, puesto que hunde sus raíces en la personalidad, o sea, en la constitución de una persona en cuanto tal y su expresión concreta debe dar origen al reconocimiento público que haga el legislador cuando se trate de una unión libre y estable. Ese es el mandato del artículo 19 N° 7° de la Constitución.

En esa dimensión la introducción de un juicio cultural adverso sobre grupos minoritarios históricamente vulnerables, como es el caso de los homosexuales, importa desconocer que se trata de una libertad que se ejerce sin daño a terceros.

El propio legislador ha concurrido a cambiar esta realidad discriminatoria transformando en corto tiempo acciones que eran definidas como delito, a ser hoy parte de un derecho.

En tal sentido, cabe recordar la argumentación de esta propia Magistratura en orden a considerar las diferencias normativas a la luz del principio del bien común. "*Las diferencias o discriminaciones entre las personas no tienen, de suyo o per se, inconveniente o contradicción en el texto de la Constitución si es que ellas tienen un sólido fundamento en el bien común, objetivo principal de la existencia del Estado. Es más, en algunos casos tales diferencias, algunas previstas por el propio constituyente, pueden resultar una saludable solución a conflictos, emergencias o requerimientos del bienestar general" (STC 280, C. 20°);*

COROLARIOS.

34. Que, al determinar el artículo 102 del Código Civil que el matrimonio es un contrato solemne que sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, establece una definición legal. Nada obsta a que, desde el punto de vista constitucional, el legislador cambie esta regla;
35. Que para efectuar tal modificación o para regular la convivencia de personas del mismo sexo, el legislador debe considerar que todas las personas, más allá de su orientación sexual, gozan de dignidad y de la libertad necesaria para desenvolver su personalidad, así como de la protección que el Estado debe brindar a su vida privada personal y familiar.

La sexualidad forma parte de la privacidad y es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional de Alemania al afirmar que toda persona tiene derecho a determinar su definición sexual y su relación con la sexualidad, respetando la dignidad y libertad de los demás.

Las personas son libres de vivir en pareja y constituir lazos familiares. El Estado debe reconocer esa realidad, respetarla y brindarle amparo, guardando consideración de los derechos de las personas y los principios constitucionales y, por consiguiente, sin establecer ninguna diferencia que pudiera ser arbitraria;

36. Que legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a situaciones de menoscabo y desamparo. Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud. Existe una clara tendencia a regular estas situaciones en los diversos países;
37. Que, sin embargo, debemos dejar en claro que compete al Parlamento –y no a esta Magistratura– dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente.

Voto Particular redactado por los Ministros que lo suscriben.

VOTO DISIDENTE DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, quien estuvo por acoger la acción de inaplicabilidad interpuesta, por las siguientes razones:

I. Sobre la forma.

No comparto la tesis que descalifica la admisibilidad o procedencia de la acción, en cuanto –por su ejercicio- se reformularía un sistema de normas de modo integral, redefiniéndose el instituto del matrimonio, así como pecaría de no decisiva la aplicación del precepto objetado por la ausencia de impugnación constitucional de otras normas que regulan la materia.

Desde luego, el primer efecto se produce usualmente al excluir la aplicación de una norma –al constatar que provoca consecuencias inconstitucionales-, si la misma es el núcleo de una institución. De qué otra manera se explica, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad del D.L. 2695 –que trae aparejada la exclusión del régimen de regularización de títulos de dominio- o de la norma del artículo 206 del Código Civil, sobre aspectos de la filiación, que permite ejercitar una acción privada por la aplicación del precepto. Siempre que es declarada inaplicable una disposición base de un ordenamiento hay una reformulación del sistema de normas, en relación a la situación jurídica específica a que el caso se refiere. Por la naturaleza de la inaplicabilidad, cuya declaración sólo atañe a las partes del juicio, esa reformulación se da respecto de una relación jurídica particular, subsistiendo el estatuto jurídico impugnado en el régimen general.

Por otra parte, debe considerarse que la aplicación decisiva de la norma, que recaba la Constitución, implica considerarla fundamental, importante, pero no única, como parece reclamarse. Si otros preceptos atingentes al caso no son reprochados, el juez de la instancia aplicará el criterio interpretativo que le permitirá decidir el asunto. No es esta Magistratura la encargada de excluir previamente la aplicación de una norma singular porque no se ha denunciado otra, tarea que le incumbe a las partes o interesados dentro de un procedimiento no inquisitivo.

Por último, el carácter consultivo que a menudo asume el requerimiento del juez –en este caso de la I. Corte de Apelaciones de Santiago- y que doctrinariamente se prefiere, invita entrar a resolver la materia de fondo propuesta, prescindiendo del rigorismo formal, máxime si se atiende a la trascendencia social mayúscula del asunto.

II. Sobre el fondo.

Comparto y suscribo los fundamentos de la prevención de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, con excepción de lo expuesto en los numerales 2, 3 y 22 (acápite final). Sin embargo, por dichas motivaciones y las que se manifiestan a continuación, estimo que el requerimiento debe ser acogido y declararse inaplicable el artículo 102 del Código Civil en la gestión *sublite*.

1).- En 1857 (Scott v. Sandford), el Tribunal Supremo norteamericano, con una interpretación originalista, declaró la esclavitud conforme a la doctrina de sus textos fundamentales. Sólo transcurrieron algunas décadas para considerar lamentable esa decisión, que contradijo la conciencia cívica de su época.

Una disposición legal puede acomodarse perfectamente al sistema jurídico constitucional del momento en que es dictada, como ocurre con el artículo 102 del Código Civil, perteneciente al texto que data de 1855. Pero siglo y medio después puede contradecir los valores, principios y derechos fundamentales que la Constitución consagra, tal cual son entendidos en este otro momento.

Por eso, la Corte Constitucional de Sudáfrica (en sentencia de uno de diciembre de dos mil cinco) cuando invalidó la cláusula heterosexual del régimen matrimonial, pudo afirmar que "***conforme cambian las condiciones de la humanidad y las ideas de la justicia y la igualdad evolucionan, los conceptos de los derechos también adquieren una nueva textura y significado. El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la humanidad. Lo que ayer era considerado como justo por el derecho, hoy es condenado como injusto".*** Cuando se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el colonialismo y la discriminación eran vistos como fenómenos naturales, consagrados en las leyes de las naciones consideradas civilizadas y bendecidos por muchos líderes religiosos al momento de su denuncia. El patriarcado, al menos tan viejo como la mayoría de los sistemas matrimoniales, defendido por tener sustento en un hecho biológico y condonado por muchos líderes religiosos, ya no es aceptado como la norma, al menos en una gran parte del mundo. La castración severa de las mujeres y los niños era tolerada por el derecho familiar y los instrumentos del derecho internacional en ese entonces, pero hoy se considera intolerable. De manera similar, aunque muchos de los valores familiares han permanecido constantes, tanto la familia como el derecho familiar se han transformado profundamente" (párrafo 102).

No se trata, entonces, de indagar sólo la intención del Constituyente, sino de reconocer cuál es la orientación y sensibilidad que prevalece hoy día, cómo se resuelven las diferencias o conflictos de valores y principios en este momento y cuáles son los que ostentan preeminencia.

Así, en nuestro país un conjunto de materias que antaño nadie observó desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución, contemporáneamente han sido cuestionadas. Citemos, a título ejemplar, la detención por sospecha, la censura cinematográfica, el secreto del sumario en el proceso penal, la prohibición de la homosexualidad en ciertas instituciones, el servicio doméstico *"puertas adentro"*.

En el derecho de familia, en particular, se observan institutos cuya contrariedad a los principios constitucionales progresivamente se ha dejado entrever (diferencias entre hijos legítimos y naturales, tuición exclusiva para uno de los padres, incapacidad de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, etcétera).

Para comprobar, una vez más, cómo cambia con los tiempos la percepción del derecho, transcribamos estos pasajes –sin duda penosos en una lectura contemporánea- del Mensaje de nuestro reputado Código Civil:

"***La calidad de hijo legítimo es una de las más importantes que el derecho civil ha creado****. ¿Cómo, pues, dejarla a la merced de pruebas testimoniales, tan fáciles de*

fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho de constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio? ***Un comercio carnal, vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de una mujer que se ha degradado, ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre?*** *Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar un hijo o hija de malas costumbres, y se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno, y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido?".*

No hay que olvidar que el análisis no debe centrarse en el concepto de matrimonio de 1855, sino en el de hoy día, y en su compatibilidad no con la Constitución de 1833, sino con el texto político de 1980, reformado sustancialmente varias veces – en particular en 2005-, tal como se aprehende actualmente su contenido y significado.

2).- Si se analiza la argumentación fundante de la exclusión del matrimonio entre iguales, se advertirá que el único principio constitucional (o bien jurídico protegido) invocado es la intangibilidad de la familia.

De contrario, los principios y derechos que se esgrimen para su defensa son la libertad, igualdad y dignidad de las personas, así como el conjunto de derechos de la personalidad.

Por un lado se consideran como básicas prescripciones constitucionales que merecerían resguardo privilegiado, tales como *"la familia es el núcleo fundamental de la sociedad"*, *"el Estado reconoce y ampara los grupos intermedios y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines"* y *"es deber del Estado dar protección a la familia"* y propender a su fortalecimiento.

Por el otro, se califican como vitales los mandatos relativos a que ***"las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos",*** **que** ***"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"*** **y que** ***"es deber del Estado promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".***

No hay duda que, para sus protagonistas, el matrimonio entre personas del mismo sexo expresa la plena realización de los valores de libertad, igualdad y dignidad humanas. Si se entendiera que hay oposición entre el ejercicio de tales derechos y la protección de la familia, una ponderación razonable del conflicto no puede sino dar preeminencia a la dignidad y derechos humanos de las personas por sobre los intereses de una institución social, por trascendente y respetable que ella sea.

3).- Dígase lo que se diga, la resolución del asunto pasa por la consideración de la homosexualidad. Es ésta, como toda orientación sexual, digna de ser reconocida y protegida o, por el contrario, una condición negativa, objeto de censura y reproche. En el largo recorrido histórico de la discriminación, a lo menos se ha pasado ya de su calificación como delito (sodomía) a su estimación como simple cualidad indeseable, un virus social que no debe propagarse. En sociedades culturalmente atrasadas, no adviene aún el momento de la tolerancia con la pura diferencia. **Por eso, la regla jurídica es tan importante para afirmar positivamente esta distinción, como se ha hecho ya con la llamada raza, el género y la discapacidad.**

En esta materia, subyacen prejuicios y motivaciones que no se explicitan, de antigua data. Por debajo de la argumentación lógica, se esconde una cierta idea de la homosexualidad, que sucesivamente la ha configurado como una deformación pervertida, una enfermedad o, finalmente, un *"desorden"* de la naturaleza. Por ello, para no dejar flanco alguno descubierto, se arremete incluso en contra del concepto *"orientación sexual"* –de amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos-, atribuyéndole una *"ambigüedad (que) ha derivado, en otras naciones, en una distorsión de la sexualidad y de las bases de la familia, así como en un serio peligro para el ejercicio de numerosas libertades, entre otras la religiosa"* (reciente declaración de las Iglesias Cristianas de Chile).
Sin ambages (ver escrito de ONG. ISFEM, a fojas 212 y siguientes), se califica la homosexualidad como una *"anomalía que consiste en la desviación de la atracción afectivo-sexual"*, el resultado *"de una evolución psico-sexual deficiente, donde la persona no alcanza su madurez psico-afectiva"*; **como una patología *"curable"***; y se proclama que se ha llegado a conclusiones alarmantes sobre el vínculo entre la actividad sexual y la pedofilia, advirtiendo *"que las personas homosexuales experimentan con más frecuencia que la población en general una salud más deteriorada"* (mayor tasa de enfermedades mentales, enfermedades de transmisión sexual y tendencia al suicidio), y *"mayores conductas de riesgo en sus relaciones afectivas"* (más promiscuidad, mayor tasa de ruptura de relaciones, alta tasa de relaciones con menores de edad).
En el mismo sentido, se considera como una posición errada y discriminatoria sujetar la homosexualidad a un trato moral distinto (positivo), *"dado que cierra toda posibilidad de revertir la tendencia"*. Se sostiene que *"el derecho no debe proteger cualquier relación humana, sino las que implican valores imprescindibles para la organización comunitaria"*, negando al homosexual la libertad fundamental que caracteriza a la persona humana y que le confiere su particular dignidad.
Como puede verse, toda este razonamiento ofende la dignidad humana y asigna al sujeto de una orientación sexual diversa, un trato vejatorio.
Es tal el peso del prejuicio discriminatorio que el homosexual, en cualquier época, ha tendido a recluirse y no asumir explícitamente su condición, por el fundado temor a la agresión (casos paradigmáticos son los del poeta Federico García Lorca, que hizo ostensible su orientación sólo en los últimos años de su corta vida, y de Gabriela Mistral, que sólo viene a develarse –no sin trémulas protestas- en la posteridad). En el presente se ha acuñado la frase *"salir del clóset"* para describir la asunción pública de la condición homosexual; un sector la aplaude por la reciedumbre moral que demuestra, y otro la reprueba, por la incomodidad que le produce su publicidad.
En una reciente encuesta (Estudios de Opinión Pública, de la Universidad del Desarrollo, de junio de 2011), se establece que para el 71 por ciento de los varones encuestados, en Chile se discrimina mucho a los homosexuales**. El punto central -en lo que interesa a esta causa- es determinar si la prohibición del matrimonio entre iguales evita o refuerza la citada discriminación. La respuesta parece obvia**.
4).- Con todo, sobre el ejercicio de la homosexualidad se contraponen visiones antropológicas diversas y puntos de vista doctrinariamente opuestos. Es decir, se trata de un debate ideológico. Y la Constitución, como es obvio, expresa el sistema de valores hegemónico de cada época; el intérprete debe, pues, escoger o preferir la conclusión que concuerda con los principios esenciales protegidos por aquélla, tal cual éstos se perciben en el momento.
Sobre la homosexualidad la historia no registra una visión única. La tolerancia hacia su práctica en el antiguo Egipto, Grecia y Roma derivó en épocas posteriores, en la sociedad de occidente, a una intensa represión. Puede afirmarse, sin duda alguna, que

constituye hoy día -superadas sucesivamente, a lo menos en lo formal, la explotación del asalariado y otras formas de servidumbre, la discriminación racial y de sexos, las discapacidades- una de las discriminaciones más agudas de una minoría. Sólo parangonable con otro fenómeno discriminatorio propio de nuestra civilización, el que afecta al inmigrante.
Como toda discriminación, ésta es la consecuencia de una cierta estructura de poder, a la que sirve y sustenta. Por eso, se sostiene de contrario que ***"el reconocimiento jurídico y legal de las parejas de personas homosexuales implica la construcción de un nuevo orden social caracterizado por un individualismo absoluto"***, argumentándose que *"si el derecho prescinde de toda referencia antropológica y, por consiguiente, también ética centrará su atención exclusivamente en la* ***libertad*** *de los individuos"*. Se agrega que *"****la legitimación social de las relaciones homosexuales constituiría un cambio real en nuestros marcos de referencia culturales. Y si efectivamente éstos tienen tal importancia para la constitución de la propia identidad (una importancia limitativa), su alteración no será nunca inocua****. Este es exactamente el punto en el que se debe reflexionar: ¿Cómo cambiará la sociedad si la homosexualidad y la heterosexualidad se empiezan a considerar como dos opciones igualmente válidas e igualmente valiosas? ¿Da lo mismo ser homosexual o heterosexual?"*. (Mons. Fernando Chomalí, edición, Centro de Bioética, PUC, páginas 48 y 52).
La única respuesta posible –desde la solidaridad y la *"caridad"*, elementos cardinales de la ética cristiana- es un rotundo sí. Da lo mismo ser homosexual o heterosexual. Vicios y virtudes no se cualifican por la orientación sexual.
Quien cultiva la prédica contraria, ¿considera que su hijo o hermano homosexual –o su madre lesbiana- es un anormal o desviado, acreedor de menos derechos y consideración social que los sujetos *"normales"*? ¿O se pretende que una cualidad de una minoría se transforme en mayoritaria –digamos que, en vez del 10% o 15% de la población, concierna al 51%- para estimarla digna de respeto?
5).- El punto esencial no reside en las características estructurales del matrimonio, como se verá, sino en determinar si la exclusión de las parejas del mismo sexo en el acceso a dicha institución constituye o no una discriminación arbitraria.
No obstante, ya que el único fundamento de la tesis contraria descansa en la supuesta naturaleza existencial de la heterosexualidad como fundamento del matrimonio, habrá que referirse al mismo.
En primer término, no debe desatenderse que la institución matrimonial, como cualquier otra, es una construcción social histórica. Sus elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana. Ha sido tradicionalmente una forma de institucionalizar la vida en común de una pareja heterosexual, pero nada impide -desde una visión secular- que acoja a parejas homosexuales o del mismo sexo (ambas cuestiones no son lo mismo; así, dentro de la actual legislación chilena no hay impedimento para que celebren el acto matrimonial uno o ambos contrayentes homosexuales).
En el matrimonio actual se ha perdido la función relevante de procrear (la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio y la aptitud para generar descendencia no es un requisito para celebrarlo), en desmedro de las finalidades propias de la vida en común. El objetivo esencial, más bien, expresa fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca.
Siendo así las cosas, debe invertirse la carga de la argumentación. Son los postulantes de la exclusividad heterosexual en el matrimonio quienes deben exponer las razones que la sostienen. Desde luego, procede descartar el razonamiento circular de que ello es así

porque debe serlo y siempre lo ha sido. Tal aseveración simplemente nada explica. En definitiva, se aprecia la inexistencia de una justificación racional, de un fin lícito en la interdicción del matrimonio entre iguales.
El matrimonio *"ideal"* exige, de toda forma, probar que la exclusión de parejas del mismo sexo protege la unión heterosexual; sin embargo, no hay perjuicio alguno en la ocurrencia de ello. La prohibición no es necesaria para proteger los derechos de aquellos que sí pueden casarse. Aún mas, los detractores no han meditado que –en vez de verse debilitado por la inclusión de otros actores- la incorporación de parejas hoy excluidas a la institución matrimonial, la amplía y probablemente la fortalece.
La búsqueda de supuestos de hecho diversos no debe realizarse mediante una comparación entre las diferencias fácticas de ambos, sino a través del fundamento de la norma, es decir, mediante la comprobación de si los distintos supuestos tienen diferente significación jurídica o no respecto a dicho fundamento.
La indagación establece que se trata de supuestos de hecho similares, pues en ambos casos se trata de la unión de dos personas plenamente capaces, que pretenden formar una comunidad de vida para construir un proyecto común. Así, el fundamento último de la norma, que es formalizar y legitimar el vínculo de dos personas para ejercer libremente su derecho a formar una comunidad de vida, es plenamente cumplido.
Por último, la regulación legal de las parejas del mismo sexo –ciertamente una mejoría en el maltrato social que les concierne- no borra la discriminación denunciada. Como se ha reiterado, ésta se produce por la exclusión del matrimonio.
6).- Los criterios limitados que se han expresado en sentencias del Consejo de Estado francés, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal Supremo de Alemania, que no han trascendido las posibilidades del reconocimiento jurídico de las uniones de hecho, se citan fuera del contexto cultural que los cobija, en sociedades donde la orientación sexual es un atributo, condición y bien reconocidos por la comunidad. Lo cierto es que el acceso de las parejas del mismo sexo a la institución matrimonial es una tendencia creciente en sociedades de alto desarrollo cultural, habiéndose consagrado ya en Bélgica, Holanda, Canadá, España y Argentina y en diversos estados de Norteamérica, así como en el Distrito Federal de México. Anteriormente el Tribunal Supremo de EE.UU. sentó las bases para legitimar el matrimonio entre parejas del mismo sexo cuando, en 1967 (en el caso Loving v. Virginia), anuló la prohibición de matrimonios interraciales, estimando el matrimonio como un derecho fundamental, y en 2003 (en el caso de Lawrence v. Texas), declaró la inconstitucionalidad de la calificación delictual de las relaciones homosexuales consentidas.

III. Conclusiones.

7).- Esta disidencia hará suya las conclusiones del informe presentado por Libertades Públicas AG, consignadas a fojas 189 y 190, y que se transcriben:
"*1. Nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendió* (sic) *en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas.*
2. Nuestra Constitución Política reconoce una serie de derechos que exigen conferir un tratamiento igualitario a todas las personas y una interpretación inclusiva de las instituciones sociales, como el matrimonio.
3. En primer lugar, el derecho a la igualdad ante la ley, necesaria consecuencia del reconocimiento de la misma dignidad intrínseca de que está dotada cada persona, impone al estado el deber de tratar con el mismo respeto a todas las personas,

permitiéndoles desarrollar sus planes de vida autónomamente configurados, garantizando un igual acceso a las instituciones sociales.
4. La existencia de este deber de tratamiento igualitario y respetuoso de las diversas concepciones del bien que pueden desarrollar seres autónomos, como son las personas, es complementada en nuestra Carta por el principio de servicialidad, que impone al estado el deber de proteger y promover estas distintas opciones de vida, compatibles con el bien común.
5. Privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso a una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena; e implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja, desde el momento que se les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una República democrática que acepta la diversidad de formas de vida.
6. Finalmente, la señalada discriminación no sólo tiene efectos en el ámbito simbólico. En nuestro ordenamiento, el matrimonio desarrolla sus consecuencias mucho más allá del ámbito de las relaciones familiares, siendo considerado en innumerables disposiciones como condición o preferencia para el goce de ciertos derechos. Pues bien, desde el momento que se priva a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a esta institución social, el Estado también les está vedando el acceso a una serie innumerable de ventajas asociadas al estatus de casado, confiriéndoles de esta forma un tratamiento discriminatorio, que dificulta o incluso impide la realización de un plan de vida que consideran indispensable para su propia felicidad.
7. Todo lo señalado precedentemente nos permite arribar a una única conclusión: El Estado, cuando niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes y preciadas instituciones comunitarias, está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual y la igualdad ante la ley, al tiempo que incumple con el mandato constitucional de protección a la familia, entendido en términos amplios. La demanda de las parejas del mismo sexo no persigue que se les confiera un tratamiento especial, sino simplemente poder participar de los beneficios de la vida en sociedad, accediendo en términos de igualdad a una institución considerada indispensable para el desarrollo de los propios planes de vida, como es el matrimonio. Por estas razones, el artículo 102 del Código Civil debe ser declarado inconstitucional."
Voto Disidente redactado por el Ministro que lo suscribe.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben, y los votos particulares concurrentes y el voto disidente, los Ministros que se indican en cada uno de ellos.
Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.
Rol N° 1881-10-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.
Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.
Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.