

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL ACERCA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN CHILE

*Ángela Vivanco Martínez*¹

Resumen

El presente artículo explica, en la perspectiva del principio constitucional de igualdad y sus aplicaciones, el conflicto que se ha producido en nuestro país en torno a la posibilidad que personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Tal opción no está contemplada en la ley chilena, que condiciona el matrimonio a ser contraído por un hombre y una mujer, lo cual ha sido constitucionalmente cuestionado en sede de recurso de protección y, con posterioridad, de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. En ambas instancias lo resuelto indica que existen muy diversas interpretaciones acerca de lo que puede entenderse por discriminación arbitraria, pese a la introducción de definiciones sobre el término en nuestra normativa. Resulta importante que cuestionamientos de esta relevancia, sean analizados no sólo en la perspectiva histórica y tradicional, sino también en orden a ponderar los beneficios y perjuicios que modificaciones de esta naturaleza importan para el derecho de familia en una sociedad democrática.

1. Introducción: los antecedentes de la discusión

El artículo 102 del Código Civil Chileno define al matrimonio como “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”. Dicha definición importa limitaciones esenciales

¹ Abogada, Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica y Candidata a Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña, España. Es Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás y profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

respecto de la posibilidad de suscribir el referido contrato, pues lo limita a sólo dos contrayentes, que han de ser biológicamente hombre y mujer y que deben considerar, entre los fines de tal unión, la de procrear.²

Dicha realidad normativa importa la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo bajo la legislación chilena, lo cual ha importado una discusión acerca de si tal cosa afecta el principio constitucional de igualdad, considerando que la propia Ley N° 19.947, ley de matrimonio civil, reconoce en su artículo 2° que “la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello”, lo cual es compatible con lo preceptuado a su vez por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en Chile, la cual en su artículo 17 N° 2 reconoce que “[...] 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” y con el artículo 24 de la misma, que consagra el derecho a la “igual protección de la ley”, prohibiendo todo tratamiento discriminatorio de tal manera que un Estado no puede amparar en su ordenamiento jurídico regulaciones o prácticas discriminatorias.³

Sin perjuicio de lo anterior, las limitaciones para contraer matrimonio en

2 Fin que puede o no cumplirse materialmente, pero que es considerado como parte de la institución matrimonial y se considera a la capacidad de engendrar como una información que el otro cónyuge debe conocer. Cfr. “se ha sugerido que un segundo ámbito en el que se podría presentar la impotencia es a propósito del artículo 5 número 3 de la ley 19.947 en la medida que la impotencia proviniera de un trastorno o anomalía física (n. 20) p. 175. Que éste sea un ámbito diverso del error me parece discutible. Es evidente a todas luces que quienes se encuentren incapacitados de realizar el acto sexual o engendrar pueden contraer válidamente el matrimonio; de otra manera no se entendería que se hubiera suprimido la impotencia como impedimento dirimente. Si los contrayentes conocían la impotencia al momento de contraer matrimonio, el matrimonio es válido. Así se entiende de las opiniones de los senadores Espina y Chadwick. Señala el primero de ellos “Estamos analizando la eventualidad de que una de las partes no pueda realizar el acto sexual y de que este hecho sea ignorado por el otro cónyuge. Si uno de ellos se casó con el propósito -entre otros- de llevar a cabo algo tan natural en el matrimonio como la relación sexual y ocurre que no la puede ejecutar, me parece absolutamente razonable que tenga derecho a declarar unilateralmente la nulidad de la unión matrimonial. En cambio, no hubiese sido lógico establecer esa causal para el caso de que tanto el marido como la mujer supieran, antes del matrimonio, que uno de ellos se hallaba imposibilitado de concretar el acto sexual”. Ver *Diario de Sesiones del Senado. Nueva Ley de Matrimonio Civil*, Sesión 24, Valparaíso, 7-I-2004, p. 502; Ver también De la Maza, Iñigo, , “El error en las cualidades personales del otro contrayente en la ley 19.947”, *Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.II, n.I. Disponible en: [www.scielo.cl/..](http://www.scielo.cl/)

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Karen Atala e hijas vs. Chile, 24 de febrero de 2012: “[...]el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”:

Chile cuestionan la extensión de la autonomía individual y el considerable desarrollo de la doctrina comparada y también nacional acerca de la identidad y equidad de género como asimismo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derechos también reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴:

Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁵

2. El Principio constitucional de igualdad

A partir de la frase inicial de la Carta Fundamental en su artículo 1° (“las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos”), la doctrina constitucional coincide en que uno de los pilares conceptuales y bases del orden constitucional chileno es el principio de igualdad, que luego se desarrolla en la forma de diversas garantías dentro del texto de la Carta Fundamental.

4 Sobre la base de múltiples fuentes internacionales, entre ellas: el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”; el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”; el 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”.

5 Corte IDH, sentencia Caso Karen Atala e hijas vs. Chile, citado.

Dicho principio, que al ser base constitucional importa la interpretación de los diversos mandatos jurídicos en su clave y la existencia de un signo constitucional favorable precisamente a su materialización, importa a la vez *el principio de igualdad en sentido estricto*, ya sea como valor o como principio y *el mandato de no discriminación*, variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de una lista de criterios que se consideran “especialmente odiosos” o sospechosos de violar ese principio general si son utilizados por algún mecanismo jurídico (ya sea, por mencionar algunos casos, en una ley, una sentencia o un contrato).⁶

En su primer contenido o acepción, el principio de igualdad se corresponde con el concepto de igualdad misma, el cual presupone, pues, predicar una relación comparativa entre por lo menos dos elementos. Tal relación, sin embargo, no establece cualquier tipo de comparación entre los elementos a los que se refiere, sino sólo, precisamente, la de igualdad, no la de mera semejanza y todavía menos la de superioridad ni la de inferioridad, que niegan frontalmente la idea de igualdad.⁷

En efecto, tal como señala Alfonso Ruiz, “si ninguna relación de igualdad implica identidad absoluta y, por tanto, toda relación de igualdad supone que existe alguna diferencia entre los términos comparados, sean personas, cosas o hechos, se diría que esa relación viene a coincidir con la de semejanza o similitud”, agregando que “Pues bien, calificar a una relación como relación de igualdad permite poner de manifiesto la relevancia de los aspectos coincidentes entre los términos comparados, si bien queda oculto el dato de que no todos los aspectos —precisamente los considerados no relevantes— son coincidentes. A la inversa, calificar a una relación como de desigualdad implica poner de manifiesto la relevancia de los aspectos diferenciales ocultando los comunes. Pero si igualdad y desigualdad son conceptos antitéticos y, al menos en el anterior sentido, unívocos, en cambio, el concepto de semejanza es ambivalente”, por lo cual no siempre es conveniente asociarlo con la igualdad como principio.⁸

En la perspectiva de la igualdad, se pueden establecer criterios descriptivos como asimismo valorativos, lo cual hace optar entre los conceptos de identidad y de semejanza. A nuestro juicio, el principio constitucional de

6 Carbonell, Miguel, (editor): *El principio constitucional de igualdad*, México, 2003

7 Ruiz Miguel, Alfonso: “Sobre el concepto de igualdad” en *El principio constitucional de igualdad*, citado, p. 44.

8 Idem.

igualdad se corresponde más con criterios valorativos y con la existencia de una razón común y justificación de regular de un mismo modo situaciones jurídicamente equivalentes: “los juicios de igualdad parten siempre de una igualdad fáctica parcial. Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros [...] Eso significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas”.⁹

Pese a su trascendencia constitucional, sin embargo, en la práctica muchas veces el principio de igualdad puede tensionarse ante la pretensión del legislador de establecer criterios de diferenciación respecto de ciertas personas o situaciones. El modo de abordar este aparente conflicto por el constitucionalismo contemporáneo se reduce al requerimiento de “razonabilidad”, esto es, “la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato”.¹⁰ Así, se pueden establecer diferenciaciones favorables a colectivos vulnerables o a otras situaciones, en la medida que efectivamente contribuyan a superar las barreras de entrada que su situación les impone, pero no que se traduzcan en un injustificado desmedro para los no favorecidos con la medida.

Mismo criterio exhibe la Corte Constitucional de Colombia en su apreciación sobre este principio: “el principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito.”¹¹

9 Pérez, Karla, :*Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1589/6.pdf>, sitio consultado en abril de 2012.

10 Bilbao, Julián y Rey, Fernando, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en *El principio constitucional de igualdad*, citado, p. 108.

11 Corte Constitucional de Colombia, EXPEDIENTE No. D-517, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-410-94.htm>.

Materialización del principio de igualdad en garantías constitucionales

El principio constitucional de igualdad encuentra su materialización en la existencia de numerosas garantías constitucionales que desarrollan la estrecha conexión de la igualdad con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: “en último término, lo que se impide son las decisiones judiciales arbitrarias, caprichosas, no fundadas en razones jurídicamente atendibles. Para reaccionar contra este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales carentes de base objetiva y razonable se reconoce a los justiciables un derecho de carácter fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, de las normas en general, a no ser discriminados en ese momento decisivo”.¹²

En nuestra Carta Fundamental ello se evidencia en varios numerales del artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, si pensamos detenidamente en el enunciado de dicho artículo, en el cual se lee que la Carta Fundamental asegura “a todas las personas” el listado de derechos que a continuación se encontrará, ya de la palabra “todas” podemos colegir una referencia general a la igualdad en todos los derechos, las personas sin distinción son titulares de ellos y merecen gozar igualitariamente de sus prerrogativas y de su legítimo ejercicio.

Concepto de acto discriminatorio

El artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental prohíbe hacer diferencias arbitrarias, en asociación con el reconocimiento constitucional de igualdad ante la ley, terminología que nuestra Corte Suprema¹³ ha considerado se concreta en la realización de una acción arbitraria, la cual:

consiste en un acto o proceder caprichoso, contrario a la justicia, o a las leyes, inocuo, antojadizo, infundado o en último término, despótico o tiránico. Por tanto es lógico suponer y concluir que un acto fundado, de acuerdo a la ley y justo no puede ser calificado de arbitrario. Por otra parte, una acción o proceder ilegal es aquel que no está ajustado a derecho, constituyendo dicha disconformidad una infracción al ordenamiento jurídico que le priva actual o potencialmente de validez”. Así, “[...]La igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para

¹² Idem, p. 115.

¹³ Corte Suprema, sentencia Rol 4267-2006.

el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional. Corte Suprema, 15 de junio de 1988, R.D.J. Tomo 85, sección 5°, pág. 97”. Citado en el considerando 5°, fallo de la Corte Suprema. 17 de octubre de 2002. Rol: 3522-2002.¹⁴

La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado, respecto de una actuación arbitraria, que:

el principio de igualdad de trato se viola [o en las palabras del caso Marck “una distinción es discriminatoria”] cuando la distinción no tiene justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr.¹⁵

A este criterio, el desarrollo jurisprudencial contemporáneo ha agregado una adicional exigencia, la necesidad imperiosa de la medida. En efecto:

¹⁴ Idem.

¹⁵ Caso *Lingüística Belga*, resuelto en 1968, citado en Bayefsky, Anne F., “El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, 1990, pp. 1-34. Esta jurisprudencia se desarrolla trascendentalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos en fallos más modernos, v.g. Asunto Konstantin Markin v. Russia, 22 de marzo de 2012, en: “El demandante se queja de que la negativa a concederle el permiso parental equivalía a una discriminación por razón de sexo. Invoca el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8 de la Convención. A medida que la jurisprudencia es reiterada, el artículo 14 complementa las demás disposiciones sustantivas de la Convención y sus Protocolos. No tiene existencia independiente, ya que sólo tiene efecto en relación con “el disfrute de los derechos y libertades”, por lo tanto protegido. Aunque la aplicación del artículo 14 no supone una violación de esas disposiciones - y en esa medida es autónoma - no puede haber espacio para su aplicación a menos que los hechos de que se trata en el ámbito de una o más de ellos. “La prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14, por lo tanto se extiende más allá del disfrute de los derechos y libertades que la Convención y sus Protocolos exigen que cada Estado debe garantizar. Se aplica también a los derechos adicionales, incluidos en el ámbito general de cualquier artículo de la Convención, para lo cual el Estado ha decidido voluntariamente ofrecer. Este principio está muy arraigado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, entre muchas otras, EB contra Francia [GS], núm. 43546/02, § § 47-48, 22 de enero de 2008)”; que el Estado ha decidido proteger voluntariamente (Stec y otros c. Reino Unido, decisión mencionada, § 40)”.

Tradicionalmente, la jurisprudencia proponía evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido. Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un *test* diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este *test* generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores.¹⁶

En esa misma línea, se ha distinguido la necesidad de diferenciar, como criterios aplicables al tema de la igualdad, las consideraciones acerca de la adecuación (medida apropiada a la finalidad que se persigue), necesidad (medida necesaria para el fin que se persigue) y proporcionalidad de la medida (lo cual representa un juicio posterior, que importa control de daños).¹⁷

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01. Es interesante recalcar que esta Corte ha considerado, en sus fallos, que el de no discriminación goza del carácter de principio, y ha señalado que éste guarda estrecha relación con el de igualdad sustancial reconocido en la misma disposición: Sentencia T-432, 29 de mayo de 1992.

¹⁷ El Tribunal Constitucional español presenta una rica jurisprudencia al respecto: STC 41/2002, en <http://www.tribunalconstitucional.es>: “No constituye una discriminación por razón del sexo que una empresa despidiera a una empleada, aun cuando se encontraba embarazada, cuando la entidad empleadora ignoraba ese hecho: no basta con que la trabajadora esté embarazada para que la empresa deba acreditar una causa de extinción real y seria, suficiente para justificar que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio; es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundar la existencia de un trato presumiblemente discriminatorio. El hecho de que “el acto extintivo fuera impropio no implica que, además, fuera discriminatorio”, es decir, de su impropiedad no se deriva automáticamente la vulneración de derechos fundamentales”; STC 117/2006: “La Sentencia 117/2006, de 24 de abril, señala que el principio de igualdad no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara frente a la indistinción entre supuestos desiguales. La igualdad constitucionalizada en el art. 14 CE es “la que impone que ante situaciones no disímiles la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades”, por lo que, realmente, “lo que este precepto constitucional impide es la distinción infundada o la discriminación” (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2; y 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; por todas). Resulta ajena, sin embargo, y tal y como ya se ha avanzado, al núcleo de protección del art. 14 CE la denominada “discriminación por indiferenciación”. Hemos señalado, en efecto, que el principio de igualdad “no consagra un derecho a la desigualdad de trato (STC 114/1995, de 6 de julio, FJ 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ‘ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual’ (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 5)” (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11; 88/2001, de 2 de abril, FJ 2; 257/2005, de 24 de octubre, FJ 4; por todas); STC 9/2010: “El Tribunal reiteró su doctrina de que la renuncia a hacer

Diferenciación arbitraria y daño

Los criterios esgrimidos por las Cortes no sólo demandan al Estado demostrar la necesidad, imperiosidad y no existencia de alternativa en las medidas tomadas, sino garantizar que la diferenciación no redunde en daño: “los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. Este principio busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que si ello sucede, lo sean en grado mínimo”.¹⁸

El peso de la prueba le corresponde al Estado y a su actuar se aplica un exigente escrutinio: El primer escrutinio, y el más exigente, es el “escrutinio

uso de una alternativa interpretativa que elimine una desigualdad injustificada equivale en sí misma a una interpretación de la norma o del acto jurídico que el art. 14 CE no consiente. En primer lugar, es doctrina reiterada que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas desigualdades que, de un lado, “resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”, o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que no “sean proporcionadas a la finalidad perseguida”, y que, por ello, generen “resultados excesivamente gravosos o desmedidos. [...] En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)” (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4). En segundo lugar, a diferencia del derecho general a la igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan, la prohibición de discriminación por las causas específicas contenidas en el art. 14 CE implica, por una parte, “un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex Constitutione, que impon[e] como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6); y, por otra parte, “[t]ambién resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)” (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). Por último, respecto de las consecuencias específicas que se derivan de lo anterior para los órganos judiciales, también hemos afirmado que éstos “pueden vulnerar el art. 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente (por todas, STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)” (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8).

18 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-410/1994.

estricto” (*strict scrutiny*) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas “libertades preferidas”, se presume inconstitucional. Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal “imperioso” (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra “estrechamente personalizado” (*narrowly tailored*). El segundo test se conoce como el “escrutinio intermedio” (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino “importantes”. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre personalizada, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas “menos discriminatorias”.¹⁹

Igual dignidad y derechos

La Constitución chilena, siguiendo a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece en el inciso 1° de su artículo 1° que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y en derechos”. El criterio de la igualdad, manifestado como se ha explicado, es un fundamento poderoso para evitar constitucionalmente las situaciones fácticas o jurídicas que importen una disminución de la protección de los derechos de ciertos sujetos, más aún cuando se trata de personas cuyas características evidencian una especial vulnerabilidad.

3. Planteamiento de la discusión ante los tribunales ordinarios

Los planteamientos acerca de la vulneración del principio constitucional de igualdad, en relación con la normativa matrimonial chilena, surgieron a pro-

¹⁹ El escrutinio estricto tiene su antecedente en la nota 4 del voto del juez Stone en el fallo *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 (1938), en donde se señaló que determinadas normas discriminatorias “podían demandar un análisis judicial más intenso”. Más adelante, en el fallo *Toyosaburo Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), la Corte aplicaría por primera vez este test. Por otra parte, esta adecuación de los medios hacia los fines “tiende a adoptar un carácter técnico, tal como podrá apreciarse, por ejemplo en *Craig v. Boren*, en donde la Corte echa mano de estadísticas para resolver la cuestión”, Cfr. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976). Todos citados en Sapag, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado”, *Dikaion*, Vol. 22, Núm. 17, diciembre-sin mes, 2008, pp. 157-198, en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/720/72011607008.pdf>.

pósito de un recurso de protección deducido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de un oficial del Servicio de Registro Civil, por estimar arbitraria e ilegal la decisión de rechazar la solicitud de día y hora para contraer matrimonio, y rechazar la solicitud de convalidar matrimonio válidamente celebrado en la República Argentina, esto, por ser ambas parejas solicitantes miembros del mismo sexo.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso en sentencia de 9 de Diciembre de 2011,²⁰ considerando, en cuanto a la legalidad de la negativa, que se ajustaba a los conceptos presentes en la ley civil y a la decisión histórica de limitar el matrimonio al hombre y a la mujer, mientras que en cuanto a una eventual arbitrariedad, estimó que las decisiones cuestionadas no vulneraban el principio constitucional de igualdad, pues:

El principio de igualdad que establece el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República no puede entenderse como un concepto absoluto [...] En consecuencia es lícito, jurídica y moralmente que se establezcan adecuadas y racionales diferenciaciones que atiendan por ejemplo, a la naturaleza de las cosas. [...] Lo que no es lícito es que personas que se encuentran en un mismo estadio reciban un trato diferente. [...] el Tribunal Constitucional de España, en forma reiterada ha sostenido: (STC 79 2011, de fecha 6 de junio de 2011) “Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. [...] Lo que prohíbe el principio

20 Corte de Apelaciones de Santiago, Autos rol N° 6787-2010.

de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.²¹

Apelada la sentencia referida ante la Corte Suprema, ésta se pronunció asimismo negativamente con fecha 4 de abril de 2012,²² considerando que

Que de lo expresado se colige que el propio recurrente acepta que hay un precepto legal –artículo 102 del Código Civil– que concretamente contempla la situación. A este respecto, no cabe duda de que para juzgar la legalidad de la conducta del funcionario recurrido esta Corte debe dar aplicación a dicha ley vigente. Conforme a ello procede concluir que no hay acto ilegal, puesto que el criterio adoptado por el funcionario se ajustó a lo dispuesto en el precepto mencionado y a lo prevenido en la Ley de Matrimonio Civil, nítidos en cuanto a su sentido y alcance, sin que exista alguna regla de hermenéutica legal que aplicada al caso pueda llevar a una conclusión distinta, esto es que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentre contemplado el matrimonio entre personas del mismo sexo.[...]Que lo anterior implica que la materia en cuestión se encuentra regulada por ley por ser de su dominio, de modo que la vía cautelar de autos no es la adecuada si lo que se intenta es que esta Corte autorice o reconozca el matrimonio de personas del mismo sexo.[...]Que además debe tenerse presente que el control de la constitucionalidad de las leyes corresponde al Tribunal Constitucional, y en esas condiciones no es factible que esta Corte por medio de la presente sentencia desentrañe si el artículo 102 del Código Civil se encuentra conforme o disconforme con las normas constitucionales.[...]Que en todo caso y con la finalidad de hacerse cargo de la alegación expuesta en el recurso de apelación acerca de la infracción a la igualdad ante la ley, cabe hacer presente que este tribunal coincide con lo expresado por el

21 Debe tenerse presente que el Tribunal, previamente, formuló al Tribunal Constitucional una consulta sobre la materia, la cual el Tribunal no absolvió, considerando que se trataba de una solicitud de inaplicabilidad y pronunciándose el 3 de Noviembre de 2011 respecto a la falta de idoneidad de la inaplicabilidad en el presente caso, señaló en el considerando OCTAVO: “[...]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”. Este fallo se comenta en el epígrafe siguiente.

22 Corte Suprema, sentencia Rol N° 12635-2011.

Ministro del Tribunal Constitucional don Raúl Bertelsen Repetto en su voto de prevención en los autos rol 1881-10, especialmente cuando razona: “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 no resulta contraria a la Constitución.”²³

Así, fundamentalmente en razón de existir una ley vigente que condiciona a los contrayentes del matrimonio a ser un hombre y una mujer, como asimismo al hecho de estimarse estos condicionamientos justificados dada la naturaleza de la institución referida, los tribunales ordinarios desechan las pretensiones de los recurrentes en sede de protección.

4. Planteamiento de la discusión ante el Tribunal Constitucional

Como se ha explicado, el tema en tratamiento llegó al Tribunal Constitucional por la vía de una consulta formulada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en orden a dilucidar la situación constitucional del citado artículo 102 del Código Civil, presentación que fue interpretada por el sentenciador constitucional como una solicitud de inaplicabilidad y tratada como tal, haciéndose parte del recurso las partes interesadas, tras lo cual procedió a rechazarla mediante sentencia de 3 de Noviembre de 2011,²⁴ la cual resumiremos como sigue:

1. Voto de mayoría

El Tribunal se plantea, como materia sometida a su conocimiento, 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

²³ Idem.

²⁴ Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 1881-10-INA.

el artículo 19 N° 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. En consecuencia, no considera la posibilidad de vulneración de otros derechos, como la autonomía, la identidad o equidad de género.

Lo relativo al matrimonio, explica, está sometido a reserva legal no sólo por la consideración del artículo 63 de la Constitución, sino porque explícitamente así se decidió en la Comisión de Estudios de la nueva Constitución. Sobre dicha base, la pretensión de los recurrentes de “que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual” impide que el recurso prospere, a juicio del sentenciador:

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 N° 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 parejas²⁵

25 Idem.

2. Voto particular concurrente del Ministro Bertelsen

El Ministro Bertelsen, que concurre al voto de mayoría, realiza sin embargo algunas prevenciones de importancia:

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;... 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; ... 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.²⁶

3. Voto particular concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica

Estos ministros, que también concurren al fallo de mayoría, estiman que debe haber pronunciamiento de fondo del Tribunal, determinando 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

²⁶ Idem.

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”.²⁷

Al respecto, consideran que:

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/... 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 pro-

²⁷ Idem.

tección, a fs. 4 de este expediente constitucional);.. Si bien nuestro voto descarta la inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o conde- ne la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y reali- zar 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 satisfac- ción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.²⁸

4. Voto particular concurrente de la Ministra Peña

En dicho voto, la Ministra precisa:

el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las fun- ciones 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 matri- monio entre un hombre y una mujer resulta fundamental para que la familia se consolide como verdadero núcleo fundamental de una socie- dad que aspira a seguir existiendo a través de la renovación progresiva de las generaciones que se produce a partir de dicha unión. [...] si el ma- trimonio 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 [...] 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*,

²⁸ Idem. Las cursivas y negritas pertenecen al original.

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. (Considerando 101).²⁹

5. Voto particular concurrente de los ministros Fernández Fredes, Carmona, Viera-Gallo y García

Estos ministros también deciden hacer presentes sus argumentaciones complementarias al fallo de mayoría:

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); [...] 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

²⁹ Las cursivas son del original.

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.[...] 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. [...] 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; [...] 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.[...] 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;... 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); [...] 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)³⁰ [...] legislar

30 Las cursivas son del original.

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; [...]≠ 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.³¹

6. Voto disidente del Ministro Vodanovic

En este único voto disidente del fallo de mayoría, el Ministro Vodanovic efectúa las siguientes consideraciones:

estimo que el requerimiento debe ser acogido y declararse inaplicable el artículo 102 del Código Civil en la gestión *sublite* [...] 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.[...]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**

31 Idem.

se ha hecho ya con la llamada raza, el género y la discapacidad.³² 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).³³ [...] **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.**³⁴ [...] *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.*³⁵ [...] 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

32 Las negritas son del original.

33 Las cursivas son del original.

34 Las negritas son del original.

35 Las negritas y cursivas son del original.

*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. [...] 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.*³⁶

5. Efectos y reflexiones sobre la jurisprudencia citada

El caso revisado, el cual dio origen a las sentencias de nuestros tribunales ordinarios como asimismo al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, es un ejemplo típico de caso emblemático en que los recurrentes buscan plantear una discusión constitucional más que obtener un resultado concreto, lo cual usualmente se llega a hacer en países en que la discusión de fondo se retrasa normalmente por motivos culturales más que jurídicos. En dicho contexto, sin duda la acción de protección se constituye, más que en un medio idóneo para discutir una cuestión de esta naturaleza, en una herramienta que hace posible elevarla a la verdadera instancia que ha de conocer de la discusión, que es el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la problemática que lleva aparejada la solución eventual de situaciones de discriminación a través de sentencias de dicho tribunal, es que éstas no pueden tener más resultado que la eventual inaplicabilidad de una norma a un caso concreto o, de reunirse los requisitos para ello, el retiro de un determinado precepto del ordenamiento jurídico, lo cual no lleva aparejado el surgimiento de una normativa de remplazo – por más que el sentenciador constitucional utilice un modo exhortativo- y menos el ajuste de todas las

³⁶ Idem.

otras disposiciones relacionadas con la anterior que han de seguirse aplicando o inaplicando según el desarrollo normativo.³⁷ *Ésa es, probablemente, una de las razones que inhiben al Tribunal a pronunciarse sobre estatutos jurídicos de alta complejidad, por lo menos actualmente, ello sin perjuicio de una lógica consideración a que sus atribuciones son limitadas respecto al examen normativo y a que muchas de sus argumentaciones no son adecuadamente recogidas o consideradas por el legislador, todo lo cual importa un entramamiento del proceso de revisión constitucional de las leyes vigentes, pues no hay posibilidad de hacer un examen general de algunos estatutos en sede constitucional ni voluntad política de alcanzar tal posibilidad por parte del Parlamento.*

1. Igualdad y no discriminación en la normativa chilena

Con todo, nuestro país ha hecho avances en el desarrollo del binomio principio de igualdad/no discriminación, no sólo por el reconocimiento de ambos criterios en sentencias relevantes tanto de los tribunales ordinarios como del juez constitucional, sino además porque ha materializado una definición de acto arbitrario en el recientemente aprobado por el Congreso proyecto de ley antidiscriminación, que espera su promulgación a la fecha de cerrarse este artículo³⁸ y que define en su artículo 2° lo que ha de entenderse por discriminación arbitraria:

“Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en

³⁷ Ejemplo vívido de lo anterior es lo que ha sucedido con posterioridad a la dictación del fallo de inconstitucionalidad acerca del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, Rol N° 1710-10. INC.

³⁸ Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación. Boletín N° 3815-07.

ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. [...] Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

Si bien el precepto referido no permite ni está destinado a hacer una valoración de las leyes vigentes, sí da una interesante pauta acerca del modo de entender en Chile lo que constituye discriminación o diferencia arbitraria, concepto que aparece presente en nuestra Constitución, en su artículo 19 N° 2, pero que encuentra diversas interpretaciones. A este respecto, aparecen importantes, a nuestro juicio, tres claves de la redacción ya citada:

a) El precepto reconoce el criterio ya citado en este trabajo y muchas veces referenciado en la jurisprudencia constitucional local y comparada, en el sentido que toda distinción, exclusión o restricción respecto de los derechos de una persona en relación con otras y respecto de situaciones similares debe gozar de un fundamento razonable y eso es carga del legislador. Sin duda, y al efecto compartimos las prevenciones y disidencias efectuadas en el fallo comentado, el hecho que la ley se corresponda con restricciones o exclusiones históricas y acendradas en la sociedad chilena no la hace, por ello, razonable.

b) En segundo término, y siguiendo lo preceptuado en el artículo 5° de la Carta Fundamental, se asocia la posibilidad de discriminación arbitraria con una afectación de los derechos contenidos en la Carta, pero también reconocidos por los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes, tratados que, a la vez, reconocen interpretaciones jurisprudenciales de los organismos encargados de aplicarlos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus interpretaciones acerca de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todo lo cual referencia la construcción de un bloque de constitucionalidad aplicable en materia de discriminación

arbitraria.³⁹ Sin duda, esta realidad resulta muchas veces resistida por los tribunales acostumbrados a aplicar sólo la normativa nacional, pero es una realidad que cada día se hace más presente, cada vez que se trata la temática del conflicto real o aparente de derechos.

c) Finalmente, el artículo 2° ya citado hace una enumeración de las figuras que se pueden reconocer como de discriminación arbitraria – sospechosas, al decir de algunos fallos citados en este trabajo -, al establecer que la comisión de actos discriminatorios cuando las distinciones efectuadas “se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

La referencia a la orientación sexual y la identidad de género no es menor en la ley revisada, ya que precisamente por no haber referencia constitucional expresa a ambos aspectos, ha sido muy común desconocerlos como prerrogativas del ser humano o incluso reconocerlos en apariencia, para en realidad penalizarlos.

2. Connotaciones del régimen matrimonial chileno en relación con los derechos fundamentales de las personas

Como se explica en los votos concurrentes de los ministros del Tribunal Constitucional, el modelo establecido por la Ley N° 19.947 difiere del modelo legal que originalmente se compatibilizaba con la Constitución de 1980, el cual inextricablemente asociaba la existencia de la familia a la existencia de un matrimonio entre los padres correspondientes. Hoy, el artículo 1° de dicha ley, si bien reproduce el texto constitucional “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, agrega luego que “el matrimonio es la base principal de la familia”, lo que equivale a decir que el legislador privilegia el matrimonio como institución generadora de la familia, pero no lo considera una fuente ex-

³⁹ Tribunal Constitucional, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995: “[...] la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales. “Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”.

clusiva y a ello corresponde la conceptualización de diversos tipos de familia, ya planteada en la Conferencia de Beijing de 1995.⁴⁰

De este modo, las limitaciones o condicionamientos para contraer matrimonio no impiden que las parejas puedan constituir una familia, prescindiendo de tal institución, lo cual remarcan también los ministros concurrentes al fallo de mayoría ya revisado. Sin embargo, resulta interesante preguntarse, en la perspectiva social y no jurídica, si alguna vez hubo duda sobre este particular mucho antes de la dictación de la ley actual y si el problema de las limitaciones aludidas radica en realidad en una aparente imposibilidad para formar una familia. Probablemente la razón de la discusión no es ni ha sido ésa, si bien los cambios legislativos importan reconocer una cierta interpretación diversa acerca de lo que es la familia, sus fundamentos y la identidad de sus integrantes.

En consecuencia, si no es en realidad la posibilidad de formar una familia la que está coartada por la redacción ya citada del artículo 102 del Código Civil, ¿cuál sería la aparente vulneración que representaría? A nuestro entender la discusión se centra en tres aspectos:

a) El primero radica, sin duda, en las dimensiones morales del tema. Con excepción del voto disidente del ministro señor Vodanovic, el resto de las elaboraciones jurídicas vertidas por los sentenciadores omiten mencionar la carga moral que representa para una persona que su opción sexual la excluya de contraer un vínculo que es la base principal de la familia.⁴¹ Es cierto que tal cosa no le impide formar una, pero se halla impedida de adoptar la forma más representativa y socialmente aceptada de establecer un vínculo estable con otro ser humano, fundando dicho vínculo en el afecto y en la voluntad de vivir juntos. Es perfectamente posible fundamentar que ello se debe al fin procreativo de la familia, impedido desde el punto de vista biológico a dos personas del

40 Chiarrotti, Susana, “La situación jurídico social de las mujeres. A 5 años de Beijing”: “Como avances se admitió que hay diversas formas de familia y el derecho de todas a recibir protección y apoyo amplios”, página??

41 “Este es el caso de los homosexuales, a los cuales, como vimos, tanto la Constitución como las normas internacionales de derechos humanos vedan el acceso al matrimonio. Esto no implica, como poníamos de manifiesto, discriminación alguna, por cuanto la diferencia de trato se encuentra justificada por una razón: la esterilidad intrínseca a estas uniones, además de la ausencia del componente de célula social generadora de estabilidad para el conjunto social”: en Nuevo, Pablo, “Reflexiones constitucionales a propósito del llamado matrimonio homosexual”, *Dikaion*, Universidad de La Sabana., Agregar el comienzo de comillas a la cita

mismo sexo, pero si consideramos que el estatuto legal vigente contempla la posibilidad de considerar perfectamente válidos a matrimonios no consumados o sin voluntad alguna de procrear o la imposibilidad de hacerlo, parece ser que la base del impedimento, más que procreativa, tiene una raigambre moral/religiosa, manifiesta en el sistema de creencias de varias religiones, pero que aparece hasta cierto punto soslayada en la concepción de orden público de un estado laico.

Si ese orden público implica algún tipo de reproche a la conducta homosexual, el cual derive lógicamente en el impedimento de poder optar por una institución como el matrimonio, como por ejemplo actuar *contra natura*, o si por el contrario, se estima que la opción homosexual representa algún tipo de desviación que afecte la capacidad intelectual y/o volitiva del sujeto, por lo cual no está en condiciones de contraer un vínculo como el matrimonio, tal cosa debe expresarse claramente como el fundamento que justifica la mantención del matrimonio en la perspectiva de la heterosexualidad, asociada con la capacidad de los contrayentes y con la licitud de su conducta, en una perspectiva de los grandes valores del Estado y de la sociedad civil.⁴²

Sin embargo, tal decisión pro transparencia del trasfondo de las limitaciones o condiciones del matrimonio civil representa no sólo una explicitación de las motivaciones estatales, sino que también exige responsablemente hacerse cargo de la elaboración efectuada en torno a la igualdad y no discriminación, que incluye enfoques de género y elaboraciones en torno a la opción e identidad sexuales, pues tal elaboración parte del camino contrario, es decir, considera que ambos elementos son parte de la esfera de autonomía y libre desarrollo de la personalidad del ser humano, por lo cual no podría a la vez considerárselas demostraciones de una conducta reñida con los valores constitucionales o demostrativa de un cierto tipo de incompetencia jurídica.⁴³

42 Amich, Cristina, "Cultura homosexual, sujeto homosexual y derechos humanos", *Foro, Nueva época*, núm. 5/2007: 199-219: "[...] el que no consideremos la homosexualidad una aberración, inmoralidad, pecado o enfermedad no quiere decir que tengamos la respuesta sobre en qué consiste ser *gay*, sobre cuáles son sus rasgos definitorios; es más, tampoco tienen la respuesta esas consideraciones negativas y/o simplistas a las que aludíamos, las cuales han intentado, en ocasiones, establecer líneas que separan los sentimientos de las prácticas, las privacidades de las influencias públicas, para adelantar o retraer las líneas que demarcan lo condenable de lo permitido".

43 Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 española: «*La promoción de la igualdad efectiva de los ciudada-*

Así, lo que no puede pasar en un estado democrático es que, por una parte, se reconozca un derecho o se suscriban tratados internacionales que derivan en su configuración, lo cual supone que tal derecho se ha de vincular armoniosamente con los demás, pero a la vez a quienes lo ejercen se les reprenda, reproche o se excluya del ámbito de la *normalidad*. Ello sólo indica que no existe tal derecho, que probablemente se lo ha tolerado por razones políticamente correctas, pero que en la realidad no está situado en un ámbito de protección sino de mera existencia formal, lo cual puede ser una decisión del colectivo, pero que sólo es admisible en la medida que sea capaz de autojustificarse y que sea compatible con la dignidad y otros principios constitucionales.

b) La segunda premisa refiere a los eventuales daños que pueden significar para la sociedad o para terceros la posibilidad de introducir un cambio en el régimen matrimonial vigente, lo cual exige por parte del sentenciador constitucional el uso de criterios de ponderación para examinar dos juegos de materias: En primer término, los perjuicios de la exclusión de las personas del mismo sexo respecto de la institución matrimonial (como podría serlo el considerarlos víctimas de discriminación arbitraria) versus los beneficios sociales de mantener el matrimonio exclusivamente para hombre y mujer, asociado así a los roles tradicionales de la sociedad occidental, a la posibilidad procreativa y a la consideración de una conducta sexual *normal*; en segundo término, los beneficios de abrir el matrimonio y sus consecuencias a todas las personas, sin distinciones, versus los perjuicios que ello podría irrogar al resto de la sociedad y, particularmente, a quienes debieran vivir bajo ese formato generador de familia, esto es, hijos generados por medio de técnicas de fecundación artificial, hijos de uno de los cónyuges o hijos adoptados.⁴⁴

nos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano en una sociedad pluralista y abierta».

44 Scala, Jorge, "Uniones homosexuales y derechos humanos", Universidad de La Sabana, ". Los niños son personas y no cosas, motivo por el cual tienen completa su dignidad humana. Están fuera del comercio, no se pueden comprar ni vender, y mucho menos "regalar". Otorgarles a las "parejas homosexuales" la posibilidad de adoptar niños es una de las formas perversas de prostituir el noble instituto de la adopción. Y ello por una razón lapidaria: quienes por elección vital libre decidieron llevar un estilo

Nuestra impresión es que el fallo de mayoría, si bien no aborda estas posibilidades, debió hacerlo. El punto no estriba, según lo vemos, en si la sociedad occidental consideró siempre el matrimonio como una unión entre hombre y mujer⁴⁵ y así ha perseverado en la ley civil, como tampoco debe centrarse en las condenas u objeciones religiosas que son aplicables a quienes abrazan dichas concepciones, sino que requiere un examen que, independientemente de sensibilidades, de simpatías o antipatías, analice, revise y pondere con una adecuada capacidad de tasación jurídica, los daños y los beneficios de mantener las cosas como están o de modificarlas. Ello no es una atribución exclusiva del legislador, particularmente cuando se pretende impugnar un régimen matrimonial tradicional sostenido por mucho tiempo y establecido en una época en que los poderes públicos no se sentían requeridos de dar cuenta o justificación de sus actos, pues a menudo operaban sobre una *imago mundi* extremadamente homogénea y sostenida por visiones morales y religiosas. Así, los aparentes conflictos u objeciones a una puesta en escena o a otra dejan de ser un *backstage* de la realidad y pasan a argumentarse sobre la base de criterios omnicomprendivos de ésta, que es lo que se espera de un desarrollo de los derechos fundamentales del Siglo XXI y que nos parece sólo puede emanar, en una materia como ésta, del sentenciador constitucional.

c) En tercer y último lugar, un aspecto que debe también traerse a la palestra a la hora de discutir este tipo de pretensiones, refiere a si la igualdad fundamental entre los seres humanos implica el reconocimiento a amplios espacios de autonomía y de determinación del plan de vida, u opera en un sistema más bien acotado, en el cual estas demostraciones de liberalidad se traducen en manifestaciones autónomas no penalizadas más que en escenarios de ejercicio de los derechos. Sobre la realidad de la decreciente posibilidad de intervención estatal de las conductas humanas y en la lenta desgravación de muchas de ellas, algu-

de vida que los hace absolutamente incapaces de procrear, por esa misma decisión se autoexcluyeron de la crianza y educación de otros niños por vía de la adopción. Quien elimina la paternidad y maternidad biológicas de su propia vida, conviviendo y manteniendo relaciones genitales con personas de su propio sexo, se ha autoexcluido de la crianza y educación del niño que quiso –positiva y definitivamente– no engendrar ni concebir”.

45 Ello derivado del Derecho Canónico, cuya fundamentación es muy rica e implica un desarrollo de muchos siglos.

nos consideran que podríamos estar en presencia de un genuino reconocimiento a la identidad y a la decisión autónoma del sujeto, mientras otros sólo visualizan tal realidad como la demostración del retraimiento de la capacidad punitiva del Estado, lo cual no representa legítimas expectativas de configurarse como un derecho.

El tema tiene que ver con las legítimas o ilegítimas expectativas que tales decisiones generan. Si una conducta que, en efecto, era sancionada penalmente, se va atenuando primero, llega a no ser delictiva después y se dota en un instante siguiente de reconocimientos formales a la libre decisión de desarrollarla: ¿no parece lógico que el beneficiado con este cambio social abrigue las esperanzas o incluso desarrolle una convicción respecto a que ha de tener, entonces, acceso a todas las demás prestaciones, perspectivas, instituciones, contratos y modos de vida a los que los demás siempre tuvieron derecho? ¿No podría considerar que las mismas razones de un cambio de tratamiento justifican y hasta demandan un cambio de tratamiento en todos los demás aspectos del ejercicio y reconocimiento de sus derechos?

3. ¿Matrimonio homosexual? Una decisión constitucional

La posibilidad de establecer un matrimonio homosexual o de personas del mismo sexo, en condiciones iguales o similares al régimen matrimonial hoy vigente en Chile, no es una discusión legislativa ni menos será resuelta por los tribunales ordinarios de justicia. Constituye un examen de constitucionalidad que, dejando de lado motivaciones políticas o intereses sectoriales, se aboque a aspectos tales como los que hemos mencionado: la calificación o neutralidad de la homosexualidad en relación con un orden público de valores sociales; la ponderación de los eventuales perjuicios o beneficios de establecer esta posibilidad y la consideración de la situación matrimonial de este tipo de parejas en relación con el reconocimiento de derechos individuales que se han establecido respecto de sus miembros, particularmente en las instancias internacionales.

El desconocimiento de esos elementos de discusión de fondo hará girar esta problemática en torno a criterios históricos, religiosos o de mera reivindicación, lo cual da como resultado decisiones jurisprudenciales que tratan tangencialmente el problema, pero que no abordan la realidad que tiene como trasfondo, la implacable exigencia de igualdad del mundo contemporáneo y

la necesaria fundamentación que ha de desarrollarse para sostener razones o normativas que implican condiciones o exclusiones.

La mantención de los esquemas tradicionales en aspectos tan relevantes como el derecho de familia exige hoy, mucho más que ayer, una adecuada explicación que, aunque no sea compartida por todos, represente un genuino esfuerzo de someterse a parámetros constitucionales estrictos. De lo contrario, los esquemas conocidos están inevitablemente condenados a la calificación de arbitrarios y los que postulan cambios radicales, los buscarán desde la perspectiva de la falta de respuesta y de la simplificación, lo cual equivale al reino de la autotutela y del juego suma-cero carcomiendo la institucionalidad vigente.