

## EL MATRIMONIO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Rodolfo Figueroa G.<sup>1</sup>*

### Resumen

En el fallo del Tribunal Constitucional relativo al matrimonio, algunos ministros sostuvieron diversos argumentos para oponerse a que personas del mismo sexo se puedan casar: que el matrimonio siempre ha sido entre un hombre y una mujer; que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; que los fines del matrimonio son varios, entre ellos, la procreación, de modo que la ley debe reservar el matrimonio a las parejas de distinto sexo; que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio e impide que se puedan casar personas de mismo sexo; que este impedimento se debe a las diferencias naturales entre hombre y mujer; que la familia constituida tradicional es esencial para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo. Estos argumentos no hacen ningún sentido y más bien son reflejo de estereotipos y prejuicios discriminatorios basados en una cierta valoración negativa respecto de la homosexualidad. Además, el impedimento jurídico de casarse para las personas del mismo sexo constituye una discriminación arbitraria y es, por ende, inconstitucional. El requerimiento que motiva el fallo contiene defectos que frustran su objetivo, al suponer que el artículo 102 del Código Civil constituye una norma prohibitiva cuya remoción permite casarse a las parejas del mismo sexo. El artículo 102 es una norma constitutiva cuya remoción impide el matrimonio.

---

<sup>1</sup> Doctor y Magíster en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. Agradezco los comentarios de los ayudantes Belén Saavedra y Francisco Cañas, que mejoraron esta versión.

## 1. Introducción

Este trabajo tiene por finalidad examinar y formular comentarios críticos sobre los argumentos contra el matrimonio entre personas del mismo sexo que explicitaron algunos ministros del Tribunal Constitucional<sup>2</sup>(en lo sucesivo, el TC) en su sentencia dictada respecto de un requerimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>3</sup> que indagaba sobre la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, en cuanto solo permite que contraigan matrimonio personas de sexo distinto.

El requerimiento se formuló en el contexto de un recurso de protección<sup>4</sup> en el cual varios recurrentes accionaron en contra del Oficial del Registro Civil, por haberse negado a celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, en un caso; haberse negado a inscribir un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo, en otro caso; y haberse negado a convalidar un matrimonio también celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo, en un tercer caso. En el referido recurso de protección, los requirentes solicitaron a la corte declarar arbitrario el proceder del funcionario del Registro Civil y ordenar se procediera a celebrar los matrimonios y a inscribirlos, según correspondiere. El argumento fue que la negativa a hacerlo implicaba una discriminación arbitraria prohibida por el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República (en adelante, la Constitución).

En este contexto, la Corte de Apelaciones, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 93 inciso 10° de la Constitución, solicitó al TC, como medida para mejor resolver, “[...] un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, respecto de la materia del presente recurso de protección [...]”<sup>5</sup>Casi un año después de presentado el requerimiento, el TC dictó su sentencia, que ahora se comenta.

---

2 Tribunal Constitucional, Rol 1881-10-INA, del 3 de noviembre de 2011.

3 Corte de Apelaciones de Santiago, Oficio N° 917-2010, del 21 de diciembre de 2010.

4 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8787-2010, del 20 de noviembre de 2010.

5 Ver nota 2.

## 2. El fallo del TC

### 2.1. La decisión

En primer lugar, me interesa comentar la decisión del TC, que rechaza el requerimiento declarándolo siguiente: “SE RESUELVE: QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.”

La pregunta que cabe formular aquí es: ¿hubo un requerimiento? Un requerimiento consiste en solicitar al TC que declare inaplicable un precepto legal por ser inconstitucional en su aplicación en un caso concreto.<sup>6</sup> Como vimos en la introducción, la Corte solicitó al TC “[...] un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil [...]” La Corte formuló una pregunta al TC sobre si el artículo 102 era aplicable o inaplicable. Esto no es formalmente un requerimiento. Más aun, la LOC del TC solo le permite determinar qué preceptos son inaplicables, no qué preceptos son aplicables.<sup>7</sup>

Por tanto, la decisión del TC no puede ser el rechazo porque implica rechazar una pregunta. En vez de tomarla como tal, el TC consideró la pregunta de la Corte de Apelaciones como un requerimiento de inaplicabilidad, lo que no era. Así las cosas, el error radicó en la Corte de Apelaciones, que no se ajustó a las normas de la ley orgánica del TC. Al TC no se le hacen preguntas; se le dirigen peticiones de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad, pero no se lo puede tratar como un órgano consultivo. Por su parte, el TC también yerra con su respuesta: debió haber declarado inadmisibles las preguntas de la corte.<sup>8</sup>

### 2.2. El fundamento del TC

El TC decide rechazar este supuesto requerimiento por tres razones. En pri-

6 Artículo 80 de la LOC del TC. “El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”.

7 *Ibid.*, artículo 89. “La sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución.”

8 De hecho, el ministro Bertelsen y la ministra Peña votaron en contra de la resolución que declaró admisible el requerimiento. Ver resolución de 26 de enero de 2011. Agradezco esta referencia a Francisco Cañas.

mer lugar, por una razón formal: no se especifica el vicio de constitucionalidad. Dice el TC:

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[...]<sup>9</sup>

En segundo lugar, por una razón estructural competencial: el matrimonio es una materia de reserva legal, que debe regular el legislador, no el TC. Dice el tribunal: “[...]los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional.”<sup>10</sup>

En tercer lugar, el TC rechaza el requerimiento por “falta de idoneidad de la inaplicabilidad en el presente caso.”<sup>11</sup> Aclara el TC que no puede acoger la acción porque con ella se pretende que el TC modifique la normativa del matrimonio en Chile, algo que es de competencia del legislador. Afirma el TC que lo que pretende el requerimiento 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 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.<sup>12</sup>

9 Tribunal Constitucional, Rol 1881-10-INA, del 3 de noviembre de 2011, considerando segundo.

10 *Ibíd.*, considerando séptimo.

11 *Ibíd.*, Sección III del fallo.

12 *Ibíd.*, considerando noveno.

Además, el TC estima que el precepto impugnado, el artículo 102 del Código Civil, no es decisivo para la gestión pendiente, pues en ella participan también quienes se han casado en el extranjero, a quienes son aplicables otras normas, como el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, no aludido en el referido requerimiento.<sup>13</sup>

Por tanto, tenemos tres razones formales para rechazar el supuesto requerimiento: i) no se indica el vicio en el requerimiento, ii) no tiene competencia el TC para legislar en la materia (reserva legal) o para hacer lo que en el fondo se pide, dice el TC, que es sustituir la normativa por otra, y iii) el artículo 102 del Código Civil no es decisivo para la gestión pendiente, pues se aplica el 80 de la Ley de Matrimonio Civil.

El TC tiene razón en los casos i) y iii). Ello se debe a que el supuesto requerimiento de la Corte no es en verdad un requerimiento sino una pregunta, la que, como tal, es escueta y no abunda en los vicios de constitucionalidad ni alude a todos los preceptos cuya aplicación sería inconstitucional en el caso concreto. Sin embargo, las razones i) al iii) deberían haber servido para una declaración de inadmisibilidad, pero no para rechazar en el fondo.

¿Qué ocurre con la razón ii)? No parece tener razón el TC en ese caso, pues no se le está pidiendo legislar sobre una nueva forma de matrimonio, permitiendo de matrimonio de parejas de un mismo sexo. Esa declaración del TC resulta sorprendente. Lo que se le pide al TC, si asumimos que estamos frente a un requerimiento, es que declare inaplicable (por inconstitucional) el artículo 102 del Código Civil, por ser discriminatorio al permitir solo el matrimonio entre parejas de distinto sexo, y no entre parejas del mismo sexo.

De todas formas, si el requerimiento se hubiese presentado en forma, el asunto no sería simple. Si el TC declarara inaplicable el artículo 102 del Código Civil y su sentencia (más allá de cómo la Corte debe resolver el recurso de protección) se dirigiera directamente al Oficial del Registro Civil, ¿cómo debe proceder el Oficial del Registro Civil?

La teoría analítica distingue las reglas regulativas y las constitutivas.<sup>14</sup> Las primeras son aquellas que regulan hechos brutos, que son aquellos que son inteligibles con prescindencia de reglas. Ej: reglas penales que describen el homicidio, las lesiones, etc. Las segundas, en cambio, son aquellas reglas que regulan los denominados hechos institucionales, que son hechos que sólo

---

<sup>13</sup> Ibíd.

<sup>14</sup> Ver Searle, John, *Actos de habla*, (Planeta-Agostini) 1994, pp. 58-61.

existen como tales en virtud de las reglas, es decir, sin estas aquellos no existen. Son instancias de ello las reglas de los juegos, las reglas técnicas que indican cómo celebrar contratos, algunas reglas de competencia, etc. Por ejemplo, un gol es un hecho institucional. Sin las reglas del fútbol, una persona puede pasar una pelota entre tres postes, pero eso no es un gol o no vale como tal.<sup>15</sup>

El matrimonio civil es un hecho institucional. Esto significa que solo existe como tal en virtud de la regla que lo constituye jurídicamente. En consecuencia, el artículo 102 del Código Civil es una regla constitutiva sin la cual no es posible (jurídicamente) casarse.

La lógica del requerimiento de inaplicabilidad supone que el artículo 102 es una norma prohibitiva cuya ausencia (generada por la inaplicación) produciría un espacio de permisión. Así, removida dicha prohibición, personas del mismo sexo sí se podrían casar. Sin embargo, esto es un error. La ausencia de normas constitutivas no genera espacios de permisión. Más bien, ella genera una situación de imposibilidad jurídica. Lo explica Alexy con claridad: “[L]as acciones jurídicas institucionales son imposibilitadas cuando se derogan las normas que para ellas son constitutivas”.<sup>16</sup>

Y agrega este mismo autor: “El acto jurídico o la acción jurídica institucional de la celebración del matrimonio se vuelve jurídicamente imposible si se eliminan las normas del derecho matrimonial”.<sup>17</sup>

Por tanto, si se declarara inaplicable el artículo 102 para la gestión pertinente, eso no habilitaría a los interesados a casarse. Al contrario, les impediría casarse porque no habría una norma que lo posibilitara jurídicamente. Quizá los interesados podrían celebrar algún tipo de contrato innominado,<sup>18</sup> que regulara deberes entre los contrayentes, entre otros aspectos, aplicando las reglas generales, pero no podría ser jurídicamente un matrimonio.

En consecuencia, si dos personas del mismo sexo quieren casarse, la estrategia jurídica no puede ser solicitar la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil, porque esa norma constitutiva es necesaria para la celebración del matrimonio. En vez de ello, lo que deberían hacer es impugnar una parte

---

15 De lo contrario, sería fácil ganar partidos convirtiendo goles una vez que el partido ya haya concluido.

16 Alexy, Robert., *Teoría de los derechos fundamentales*, (CEC) 1993, p. 190.

17 Ob. cit, p. 191.

18 Ver Cox, Francisco, “El matrimonio entre homosexuales”, en *Revista de la Academia de Derecho*, 3, (Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales) 1994.

del referido artículo 102, la que dice “un hombre y una mujer”.<sup>19</sup> De esta forma, el estatuto matrimonial subsiste, pero sin estar limitado a personas de distinto sexo.

### **3. Los argumentos contra el matrimonio entre personas del mismo sexo**

Esta sección expondrá los diversos argumentos esgrimidos, por parte de algunos ministros, para rechazar el requerimiento y/o para estimar que no debe permitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo.

#### **3.1. El matrimonio solo para personas de distinto sexo no es discriminatorio**

Este no es, evidentemente, un argumento en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero sí es una postura para rechazar el requerimiento. Esta posición es suscrita de manera explícita por los ministros Bertelsen, Venegas, Navarro y Aróstica, y es supuesta por la ministra Peña.

Según el desarrollo del ministro Bertelsen, el Código Civil no incurre en una discriminación arbitraria al permitir casarse solo a personas de distinto sexo porque el principio de igualdad permite tratar distinto lo que es diferente y las parejas del mismo sexo son diferentes a las de distinto sexo.<sup>20</sup> Otra forma de decirlo es afirmar que no se produce una discriminación porque el principio de igualdad permite instituir diferencias justificadas y, en el caso del matrimonio, la diferencia está justificada porque el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer. ¿Por qué sería correcto limitar el matrimonio al hombre y la mujer? El ministro Bertelsen proporciona varias razones:

a) En primer lugar, el matrimonio siempre ha sido entre un hombre y una mujer. Para justificarlo, el ministro Bertelsen cita a Modestino, Las Partidas y el discurso de un español en su incorporación a una Academia.<sup>21</sup>

Este argumento lo podemos denominar “argumento basado en la tradición”. Según este, las cosas deben ser de cierta manera porque siempre han sido así. Este argumento no es aceptable. De hecho, no es un argumento sino una posición: dice lo que debe ser, pero no proporciona razones. El ministro Vodanovic lo señaló con elocuencia:

---

<sup>19</sup> Idea sugerida por Francisco Cañas.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional, op.cit., Voto del Ministro Bertelsen, considerando 3.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, considerando 4.

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[...]<sup>22</sup>

Desde la lógica, dicha posición no es aceptable: del hecho que algo sea o haya sido de cierta manera no se sigue, lógicamente, que deba ser así o que deba seguir siendo así. Los filósofos analíticos dirían que vulnera el axioma de Hume.<sup>23</sup> Pasemos al segundo argumento.

b) En segundo lugar, la doctrina también ha entendido que el matrimonio es solo para parejas de distinto sexo, señala el ministro Bertelsen, citando a Somarriva.<sup>24</sup>

Este argumento tampoco puede aceptarse porque, en rigor, tampoco se trata de un argumento, sino más bien de una aseveración referente a cierta doctrina. Como tal, es un hecho y la deducción que de él se pretende hacer también vulnera el axioma de Hume.

c) En tercer lugar, el ministro Bertelsen presenta el siguiente argumento: la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, como prescribe la Constitución, y el matrimonio es la base principal de la familia, como establece a su vez la Ley de Matrimonio Civil.<sup>25</sup>

Este argumento no es coherente pues una pareja del mismo sexo también podría constituir una familia y casarse si la ley lo permitiera. En los hechos, estas parejas constituyen familias. Entonces, el argumento no se entiende. Para que tenga sentido, es necesario suponer que la única manera de constituir una familia es mediante un matrimonio entre personas de distinto sexo. De igual manera, este argumento supone que solo se puede reconocer una única forma de familia, la integrada por un matrimonio

---

22 *Ibíd.*, Voto del Ministro Vodanovic, sección 5.

23 El axioma de Hume es aquel que señala que de un conjunto de proposiciones puramente descriptivas no se puede derivar, lógicamente, una proposición prescriptiva; más brevemente, de un ser no se sigue lógicamente un deber ser. Este axioma se formula en una sección del *Tratado de la Naturaleza Humana*. En la versión española de Félix Duque, el volumen 2, pp. 689-690. Sobre las disputas en torno al referido axioma y distintas lecturas y versiones del mismo, ver Hudson, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, (Alianza Editorial), pp. 237-251.

24 Tribunal Constitucional, op. cit., Voto del Ministro Bertelsen, considerando 5.

25 *Ibíd.*, considerando 6.



de personas de distinto sexo. Pues bien, si se está discutiendo acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo, no se puede presentar un argumento que supone precisamente aquello que se debe probar. Veamos el cuarto argumento.

d) Los fines del matrimonio incluyen, entre otros, la procreación. Por ende, está bien que la ley reserve el matrimonio a las parejas de distinto sexo, señala el ministro Bertelsen.<sup>26</sup> En este punto, también acompañan al ministro Bertelsen los ministros Venegas, Navarro, Aróstica y la ministra Peña. Este argumento debe rechazarse; de hecho, resulta sorprendente que gente instruida lo mencione. Es evidente que el precepto legal (art. 102) no condiciona la celebración del matrimonio al cumplimiento de los fines allí señalados precisamente porque lo primero antecede lógicamente a lo segundo. En segundo lugar, el cumplimiento de los fines señalados en el artículo 102 no es un requisito para la celebración del matrimonio porque de ser así se impediría a parejas infértiles casarse y sabemos que esto no ocurre. En tercer lugar, esos fines tampoco son una condición de subsistencia del matrimonio; eso demandaría que, transcurrido un cierto tiempo posterior a la realización del mismo, se verificara el cumplimiento de los fines y se invalidara aquellos matrimonios que no los hubieren cumplido. Sabemos que eso tampoco es posible. Es efectivo que la ley asigna fines al matrimonio, pero no debemos concluir que quienes no pueden cumplirlos no pueden casarse.

En cuarto lugar, debe decirse que lo que se impugna en este caso es precisamente el diseño institucional del matrimonio: el artículo 102. Por tanto, no puede responderse esa impugnación invocando el precepto impugnado, porque el parámetro de constitucionalidad no puede ser una ley.<sup>27</sup> El reclamo de constitucionalidad consiste en acusar de discriminatoria a la ley por definir una institución y fijarle fines que solo algunas personas/parejas puedan cumplir. ¿Qué sentido tiene responder ese reclamo de constitucionalidad invocando la misma institución y fines impugnados?

Consideremos ahora el quinto argumento que presenta el ministro Bertelsen.

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el dere-

26 *Ibíd.*, Voto del Ministro Bertelsen, considerando 6.

27 Lo señala expresamente el TC: “El parámetro de referencia que tiene el Tribunal Constitucional al emprender esta tarea es única y exclusivamente la Constitución [...] Las leyes, en consecuencia, no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante”, sentencia Rol 1284, del 24 de septiembre de 2009, considerando sexto. Agradezco esta referencia a Francisco Cañas.

cho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.<sup>28</sup> Este argumento (también esgrimido por la ministra Peña) tampoco hace el menor sentido. Que el Pacto reconozca el derecho de un hombre y una mujer a casarse no significa que niega ese derecho a las demás personas o que lo prohíbe. Las prohibiciones deben ser explícitas. Por ejemplo, el Pacto no declara que las personas tengan derecho a divorciarse. ¿Significa que el Pacto prohíbe el divorcio? Tampoco alude el Pacto al derecho a procrear. ¿Significa que el Pacto prohíbe la procreación? Es evidente que no y por eso debe desecharse esta referencia impertinente al derecho internacional. Veamos el sexto argumento.

f) Hombre y mujer son diferentes. La permisión del matrimonio solo a parejas de distinto sexo se funda en las diferencias entre hombre y mujer, señala el ministro Bertelsen.<sup>29</sup> Este argumento también lo defienden los ministros Venegas, Navarro y Aróstica, quienes afirman que existen diferencias naturales entre hombres y mujeres. Por eso, no es discriminatorio no permitir el matrimonio a parejas del mismo sexo.

Este argumento tampoco se sostiene. Quienes exigen la existencia del matrimonio para personas del mismo sexo no dicen que hombres y mujeres sean iguales ni su pretensión requiere que lo sean. La discusión no se refiere a si hombres y mujeres son iguales sino si las parejas de distinto sexo y las del mismo sexo deben ser performativa e institucionalmente iguales y tener los mismos derechos. En esta parte, el ministro Bertelsen suscribe un entendimiento del principio de igualdad que es inaceptable pero que ha sido defendido con anterioridad. En efecto, cuando se discutía en Chile el proyecto de igualdad de cultos, la Iglesia Católica se opuso a terminar con la diferencia entre las iglesias,<sup>30</sup> afirmando que el principio de igualdad exigía tratar de manera diferente a lo que es diferente: como la Iglesia Católica es diferente a todas las demás iglesias, debía tener un estatuto jurídico diferente.

Este argumento es absurdo y mal entiende el principio de igualdad. Cuando el principio de igualdad prescribe que se debe tratar igual a los iguales, no está suponiendo que existan personas o situaciones fácticamente iguales; y cuando prescribe tratar de forma diferente lo que es diferente, no significa

---

28 Tribunal Constitucional, op.cit., nota 8, Voto del Ministro Bertelsen, considerando 7.

29 *Ibíd.*, considerando 8.

30 La Iglesia Católica defendió su postura en un inserto publicado en el diario *El Mercurio*, de fecha 27 de mayo de 1999, a nombre de la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal de Chile.

que haya que tratar diferente a quienes sean fácticamente diferentes. Ninguna persona, institución o grupo es fácticamente igual a otro. Por tanto, si mal entendemos el principio de igualdad de la manera antes señalada, como lo entendió la Conferencia Episcopal y el ministro Bertelsen, entonces la primera parte del principio de igualdad no se aplicaría nunca, solo la segunda; y, como todos son distintos entre sí, no existiría un mismo trato para nadie. La ley, como normativa de carácter general aplicable a grupos o categorías de personas, sería inconcebible.

Pero ese no es el único problema. Dicha forma de entender el principio de igualdad permite justificar cualquier discriminación. ¿Deben las personas negras tener los mismos derechos que las blancas? El entendimiento del principio de igualdad que suscribió la Iglesia Católica en su momento y que revive ahora el ministro Bertelsen indicaría que, no cabiendo duda que blancos y negros son distintos, por tanto, no deben tener los mismos derechos. ¿Deben tener las mujeres los mismos derechos que los hombres? No, porque son distintos. ¿Deben tener las parejas del mismo sexo los mismos derechos que las de distinto sexo? No, porque son distintas.

Con esta lógica, podemos negar los mismos derechos, o sea, discriminar a negros, mujeres y homosexuales. Estos ejemplos permiten comprobar que un entendimiento errado del principio de igualdad permite justificar cualquier discriminación, precisamente porque nadie es igual a otro.<sup>31</sup> Descartamos así el argumento de que el artículo 102 no es discriminatorio porque se funda en diferencias naturales entre personas. Concluimos también la revisión del primer argumento en contra de permitir el matrimonio para personas del

---

31 El principio de igualdad supone que todos son fácticamente distintos entre sí y, por tanto, exige determinar si ciertas diferencias fácticas son relevantes de ser consideradas en relación con los propósitos y ámbito de una ley en particular para decidir si se proporciona un mismo trato a ciertos grupos o un trato distinto. Por ejemplo, no cabe duda que ricos y pobres son muy diferentes en muchos aspectos, pero dichas diferencias no se consideran relevantes al diseñar un estatuto legal de derechos civiles. Así, tanto ricos como pobres tendrán iguales derechos políticos. Pero al diseñar un estatuto tributario, las diferencias de ingresos sí son relevantes y se dará un trato formalmente diferenciado, en el sentido de que unos deberán pagar más impuestos que otros. La riqueza o pobreza no es relevante para definir derechos políticos pero sí para fijar cargas tributarias. Cuando el principio de igualdad exige tratar igual a los iguales, está señalando que se debe tratar igual a aquellos que, siendo diferentes, tienen diferencias que no son relevantes para los efectos de la ley, por lo que se les debe equiparar. Y cuando el referido principio exige tratar diferente a los que son diferentes eso significa tratar de modo distinto a aquellos que, siendo diferentes, muestran diferencias fácticas que sí son relevantes de ser reconocidas para los propósitos de la ley.

Esta explicación permite advertir lo complejo que es el principio de igualdad porque demanda, para cada ámbito de que se trate, determinar si las diferencias fácticas existentes entre las personas son relevantes de ser consideradas o no. Ver Figueroa, Rodolfo, "Igualdad y discriminación", en *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie de Publicaciones Especiales, 10. (Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales) 2000, pp. 20-21.

mismo sexo. Veamos ahora el segundo.

### **3.2. Las funciones de la familia y del matrimonio**

Un segundo argumento en contra de permitir que se casen personas que tienen el mismo sexo está relacionado con las funciones de la familia y el matrimonio. La ministra Peña presenta este argumento, que básicamente consiste en que personas del mismo sexo no pueden cumplir dichas funciones. Veremos ahora las distintas aristas de este argumento:

a) En primer lugar, la ministra Peña afirma que la familia cumple una serie de funciones:

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.<sup>32</sup>

Habiendo citado esas cinco funciones, la ministra Peña agrega que el matrimonio entre un hombre y una mujer es la base de la familia pues muchas de las funciones atribuidas a esta se relacionan con los fines asignados al ma-

---

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional, op. cit., voto de la Ministra Peña, considerando 2.

rimonio por el Código Civil, particularmente la procreación.<sup>33</sup> Por tanto, esto excluye el matrimonio de personas del mismo sexo.

¿Qué fuerza tiene este argumento? En primer lugar, afirmar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad no constituye un argumento en contra del matrimonio de personas del mismo sexo, por varias razones:

i) Porque personas del mismo sexo pueden fundar una familia, como de hecho lo hacen (aunque no de forma legalmente reconocida en Chile). Esto se explicó cuando se revisó la postura del ministro Bertelsen.

ii) Porque para que el argumento se sostenga es necesario suponer de antemano una familia constituida por un matrimonio entre personas de distinto sexo, pero, como eso es precisamente lo que se discute, no se puede dar por supuesto; por ende, el argumento no hace sentido. Esto se explicó antes cuando se comentó la postura del ministro Bertelsen. La ministra Peña comete el mismo error que el ministro Bertelsen.

iii) Aunque asumiéramos que una familia con matrimonio de personas de distinto sexo es el núcleo fundamental de la sociedad, eso no implica que deba prohibirse la familia con un matrimonio de personas del mismo sexo. En efecto, puede ser fundamental para una sociedad que existan médicos, pero eso no implica que todas las personas deban ser médicos ni que se deban prohibir las demás profesiones.

iv) Porque todas las funciones que la ministra Peña asigna a la familia las podría cumplir cualquier tipo de familia, incluso aquella que se compusiera de un matrimonio integrado por personas del mismo sexo y que tuvieran hijos, sea de ambas o de una de ellas (obviamente, no hijos comunes), o adoptados. En efecto, la función de promover la solidaridad diacrónica entre ascendientes y descendientes, como cita la ministra Peña; o la función de transmisión de la lengua, las costumbres, las creencias religiosas; o la función de proveer los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permitan a una persona la pertenencia a un grupo social más amplio; o la función de control social, transmitiendo el compromiso con la vigencia de normas justas; o “[...] la función de

---

33 Ibid., considerando 3.

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”. Todas estas funciones las puede cumplir cualquier familia, como ocurre en aquellos lugares en que está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo o donde, no estándolo, viven familias integradas por parejas del mismo sexo.

No se entiende por qué la ministra Peña piensa que estas funciones solo las puede cumplir una familia integrada por un matrimonio de personas de sexo distinto. Si ella lo cree, se trataría de una tesis empírica (no una tesis normativa) en favor de la cual la ministra Peña no ha proporcionado ninguna evidencia, que también debería ser empírica.

v) Habiendo aludido a las funciones de la familia, la ministra Peña hace una conexión con la procreación. Esto es sorprendente porque entre las funciones de la familia aludidas no se encuentra la procreación. Por eso, la ministra Peña recurre a los fines que el Código Civil le asigna al matrimonio, para poder conectar *familia* con *procreación* y excluir a las parejas del mismo sexo. Esto no funciona pues, si se impugna un precepto del Código Civil, no se puede argumentar invocando precisamente el precepto impugnado. De todas maneras, si asumiéramos que la procreación es un asunto fundamental que el legislador debe cuidar y asegurar, de ahí no se sigue que se deba prohibir el matrimonio entre personas de distinto sexo porque permitirlo no le impediría procrear a los matrimonios de distinto sexo. Si la permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo tuviera una suerte de efecto cósmico inhibitorio de la procreación sobre el resto de la sociedad, entonces deberíamos considerar el asunto, pero no hay evidencia para pensar que eso ocurra. Más bien al contrario, la realidad indica que habiendo parejas del mismo sexo en el planeta, la procreación no ha cesado.

Por otra parte, como señalaron los ministros Carmona, García, Fernández, Viera-Gallo y Vodanovic, la procreación ocurre mayoritariamente fuera del matrimonio. La mayoría de los niños en Chile nace fuera del matrimonio. Por tanto, desde un punto de vista empírico, es errado enlazar matrimonio con procreación.

Continuando con el argumento de la procreación, esa capacidad de procrear no puede utilizarse para prohibir que personas del mismo sexo se casen porque, a menos que sean infértiles, ellos sí pueden procrear; no entre ellos, claro está, pero con un tercero del otro sexo. Frente a esto, no se podría replicar que cuando hablamos de procrear nos estamos refiriendo a los cónyuges entre sí. La razón de por qué no se podría decir eso es porque la realidad muestra que personas casadas entre sí en ocasiones tienen hijos con quien no es su cónyuge. O sea, hay procreación fuera del matrimonio. Por tanto, si un miembro de una pareja del mismo sexo puede procrear con un tercero ajeno a esa pareja al igual como lo puede hacer un miembro de una pareja de distinto sexo casada, entonces el argumento de la procreación no hace sentido, a menos que la ministra Peña esté dispuesta a prohibir la procreación extramatrimonial. Sin embargo, es dudoso que la ministra Peña quiera promover eso, habida consideración de que la mayoría de los hijos en Chile son extramatrimoniales.

b) Un segundo argumento que presenta la Ministra Peña es que la familia constituida por un matrimonio entre un hombre y una mujer es esencial para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo.<sup>34</sup>

Lo que es esencial para que la especie humana no desaparezca es la procreación, no el matrimonio ni la familia. Ya hemos descartado el argumento de la procreación. En cuanto al matrimonio, es obvio que consiste en un producto cultural surgido en un momento de la evolución de la sociedad, de modo que no es condición de subsistencia de ella. Respecto del matrimonio entre personas de distinto sexo y su necesidad para la existencia de la sociedad, también lo hemos analizado y descartado, pues permitir el matrimonio de personas del mismo sexo no inhibe la existencia de matrimonios de personas de distinto sexo.

Lo novedoso de este argumento es su carácter catastrofista. Es frecuente que sectores conservadores recurran a argumentos consecuencialistas de carácter apocalíptico cuando discuten materias morales. En efecto, es famoso el ejemplo de Lord Devlin, en su disputa con Hart en los años 50: Devlin argumentó que si se despenalizaba la homosexualidad y la prostitución se arriesgaba la destrucción de la estructura de la sociedad.<sup>35</sup> En Chile, cuando

---

34 *Ibíd.*

35 Todo motivado por el famoso Informe Wolfenden. Devlin desarrolló su postura en *The Enforcement of Morals*, (Oxford University Press) 1965. En el caso de Hart, ver su libro *Law, Liberty and Morality*, (Stanford University Press) 1963.

se discutía el divorcio vincular, el arzobispo Errázuriz sostuvo que el divorcio no solo destruiría la familia sino que los hijos de matrimonios divorciados se convertirían en delincuentes, alcohólicos y drogadictos.<sup>36</sup> Como se puede comprobar, no es raro ni exclusivo de Chile que sectores conservadores presenten argumentos de carácter causal que anuncien la destrucción de la familia y de la sociedad.

Pues bien, la realidad los desmiente. En las sociedades contemporáneas existen parejas de personas del mismo sexo que viven juntas. ¿Qué evidencia proporciona la ministra Peña de que esto pueda acabar con la sociedad? No la hay y no puede haberla porque ese no es el verdadero argumento. Como bien señala el ministro Vodanovic, no hay argumentos válidos contra el matrimonio de personas del mismo sexo. La verdadera razón para oponerse a él es el rechazo a la homosexualidad:

Dígase lo que se diga, la resolución del asunto pasa por la consideración de la homosexualidad [...]

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.<sup>37</sup>

El ministro Vodanovic parece tener toda la razón. No es que el matrimonio de personas del mismo sexo vaya a destruir la familia, la sociedad o a pervertir la educación de los hijos. Quien se opone al matrimonio de personas del mismo sexo lo hace porque rechaza la idea de la homosexualidad. No es un problema de daño social sino de valoración moral. Si hubiera algún argumento de daño, el derecho prohibiría, por ejemplo, que vivieran juntas como parejas personas del mismo sexo, pero no lo hace. Y no lo hace porque no hay daño. En verdad, al derecho no le importa que vivan juntas personas del mismo sexo ni su orientación sexual, como tampoco le importa que, dentro de un matrimonio, alguno de los cónyuges tenga una determinada orientación sexual.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Estas declaraciones motivaron un Recurso de Protección en su contra. Ver: <http://rie.cl/lanacioncl/?a=9616>

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional, op. cit., voto del ministro Vodanovic, considerando 3.

<sup>38</sup> Es cierto que la ley consagra el deber de fidelidad y que la infracción al mismo habilita al otro cónyuge para solicitar el divorcio, pero se trata de una facultad; no es imperativo divorciarse.



Lo mismo se puede decir de la poligamia: al derecho no le importa que un hombre viva con varias mujeres o una mujer con varios hombres. El problema se plantea cuando se quiere formalizar la relación, obtener reconocimiento del derecho. O sea, el problema se plantea en el ámbito de lo simbólico, lo valorativo. Este punto también fue advertido por el ministro Vodanovic en los párrafos citados más arriba, cuando alude a “[...] prejuicios y motivaciones que no se explicitan[...].”

Si el argumento del daño fuese sincero, se debería proponer la reposición de la criminalización de conductas sexuales consentidas entre adultos del mismo sexo, prohibir la cohabitación entre personas del mismo sexo, impedir el matrimonio entre personas de distinto sexo si alguna de ellas tiene una determinada orientación sexual y anular el mismo matrimonio si eso se descubre con posterioridad. Pero es dudoso que la ministra Peña quiera hacerlo. Ya hay países y estados de los EE. UU. que permiten el matrimonio de personas del mismo sexo y la adopción de niños. El voto disidente del ministro Vodanovic los cita: Bélgica, Holanda, Canadá, España, Argentina, diversos estados de Norteamérica, así como el Distrito Federal de México.<sup>39</sup> ¿Diría la ministra Peña que se está destruyendo esas sociedades?

El matrimonio y la familia son productos culturales y lo que ocurre es que el modelo dominante está siendo desafiado por otra concepción cultural. Volvemos al ministro Vodanovic:

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 [...]<sup>40</sup>

El cambio cultural es el principal problema que enfrentan las posturas conservadoras. Por eso invocan el modelo de familia tradicional o el matrimonio tradicional. Por lo mismo, el ministro Vodanovic afirma que el único principio que se invoca en contra de permitir el matrimonio entre personas

---

39 Tribunal Constitucional, op. cit., voto del Ministro Vodanovic, sección 6.

40 Ibid., sección 5.

del mismo sexo es la intangibilidad de la familia.<sup>41</sup> Así, ante la amenaza del cambio, se invoca la intangibilidad. En sí mismo, el argumento es absurdo y está destinado al fracaso pues las concepciones jurídicas y las ideas de justicia evolucionan. El ministro Vodanovic cita y comenta la experiencia sudafricana:

[...]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).<sup>42</sup>

El TC chileno, al igual que el sudafricano, enfrentó un desafío al paradigma cultural dominante, pero no fue capaz de procesarlo. Consideremos, ahora, el tercer argumento de la ministra Peña.

c) El matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario al derecho internacional de los derechos humanos.

La ministra Peña cita tratados internacionales según los cuales es un de-

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, sección 2.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, sección 1.

recho esencial que un hombre y una mujer se puedan casar. Como vimos y analizamos, este argumento fue utilizado por el ministro Bertelsen. Lo interesante es que la ministra Peña relaciona el matrimonio con los valores y fines constitucionales:

6. 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 [...] <sup>43</sup>

7. Así, esta previniente considera que la regulación del matrimonio fue remitida por el Constituyente al legislador, teniendo presente no solo 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*”.

[...] 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.<sup>44</sup>

Revisemos su argumento:

i) La ministra Peña toma el primer párrafo de un texto español que, de hecho, cita. Aquí reside un primer error. La Constitución española sí alude a valores esenciales del ordenamiento,<sup>45</sup> pero eso no ocurre con la Constitución chilena, de modo que hablar de *valores esenciales* en el caso de Chile es inapropiado y nos lleva a la segunda pregunta:

ii) ¿Cuáles son los valores esenciales del ordenamiento constitucional chileno? Por lo pronto, la pregunta supone su existencia y eso ya es discutible. Incluso suponiéndolos, la Constitución no los indica y, lamentablemente, la ministra Peña tampoco. Por tanto, solo cabe concluir que ella está suponiendo, y no argumentando, que un valor esencial de carácter constitucional para el matrimonio

43 Ibid., voto de la Ministra Peña, considerando 6.

44 Ibid., considerando 7.

45 Artículo 1.1. “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

y la familia es que solo se puedan casar personas de distinto sexo.

Ahora bien, pareciera ser que el valor esencial para la ministra Peña fuera la heterosexualidad y no meramente que se casen personas de sexo distinto, porque si se casa un hombre con una mujer y ambos son homosexuales, no se cumplen los fines que la ministra Peña tiene en mente. Por tanto, el tema de fondo es la heterosexualidad, pero la ministra Peña no lo puede decir porque para el derecho es irrelevante la orientación sexual de los contrayentes; basta que sean de sexo distinto. ¿Cómo puede la heterosexualidad (o el matrimonio entre personas de sexo distinto, en la versión de la ministra Peña) ser un valor esencial? Como postura moral es bastante dudosa, pues puede entenderse como una persecución homofóbica; como postura constitucional carece por completo de fundamento pues nada existe en la Constitución que permita pensar en una preferencia por cierto tipo de matrimonio ni menos en una prohibición de cierto tipo de matrimonio. Los ministros Viera-Gallo, Fernández, Carmona y García lo señalan con claridad:

[...] la Constitución no se refiere al matrimonio: no lo define ni fija sus características.[...] Tampoco se pronuncia la Constitución sobre si los contrayentes deben ser solo un hombre y una mujer[...]<sup>46</sup>  
[...] nuestra Constitución no vincula el matrimonio con la protección de la familia. Tampoco la Constitución reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio[...]<sup>47</sup>

[A] 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;<sup>48</sup>

[N]o 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

---

<sup>46</sup> Tribunal Constitucional, op. cit., voto de los Ministros Viera-Gallo, Fernández, Carmona y García, considerando 5.

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> *Ibíd.*, considerando 7.

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;<sup>49</sup>

Volvamos a la posición de la ministra Peña. Al final de su voto, y continuando con el argumento de que el derecho internacional de los derechos humanos se opone al matrimonio entre personas del mismo sexo, la ministra Peña cita el caso *Schalk v. Austria*, en el cual la corte europea declaró que el artículo 12 de la Convención Europea no impone a los Estados la obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio.

Este argumento no tiene fuerza. Para apreciarlo, veamos lo que señala el artículo 12 de la Convención Europea:

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Esta disposición reconoce el derecho de hombres y mujeres a casarse, del cual se deriva la obligación para los Estados de no impedir el matrimonio entre un hombre y una mujer. ¿Se deriva una obligación positiva para los Estados de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo? Probablemente no. Ese fue el error de los peticionarios en el caso *Schalk*: la corte afirma que los peticionarios sostienen que el artículo 12 debe ser leído, en la actualidad, como un precepto que garantiza el acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo o, en otras palabras, que obliga a los Estados miembros a instituir ese acceso en sus leyes nacionales.<sup>50</sup>

Además, la Corte Europea suele ser cuidadosa a la hora de reconocer obligaciones positivas en los tratados internacionales porque sabe que serán imperativas para todos los Estados Partes de esa Convención, los cuales pueden

49 *Ibíd.*, considerando 10.

50 “In the applicants’ contention Article 12 should in present-day conditions be read as granting same-sex couples access to marriage or, in other words, as obliging member States to provide for such access in their national laws.” Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia caso *Schalk and Kopf v. Austria* (Application no. 30141/04), Estrasburgo, 24 de junio de 2010, sección 57.

ser muy diversos entre sí. Lo mismo se aprecia en cortes federales, como la de EE. UU. La Corte Europea razonó así en este caso, al afirmar que no existe consenso en Europa sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.<sup>51</sup>

Es un error citar el caso Schalk porque en Chile no estamos discutiendo lo que se trató en ese caso. En efecto, no discutimos si de una norma constitucional que reconoce el derecho a casarse de un hombre y una mujer se deriva la obligación para el Estado de permitir que también se puedan casar personas del mismo sexo, y no lo estamos haciendo porque:

- i) Tal norma no existe en la Constitución chilena.
- ii) El reclamo no pretende justificar la existencia de obligaciones de hacer. Más bien al contrario, pretende justificar algo que no se debe hacer: discriminar arbitrariamente. El reclamo constitucional consiste en que si la ley permite solo el matrimonio de personas de distinto sexo está discriminando a las personas del mismo sexo que se quieren casar entre sí y, como la Constitución prohíbe toda discriminación arbitraria, la ley sería inconstitucional. Si el argumento involucra a la Constitución es por el principio que impide discriminaciones arbitrarias; no se alude a la Constitución para intentar deducir una obligación positiva. Ello marca la diferencia con el caso Schalk.<sup>52</sup> Por tanto, en relación al voto de la ministra Peña, la cita del artículo 12 de la Convención Europea y del caso Schalk no son relevantes al asunto en discusión.

Consideremos ahora un cuarto argumento de la ministra Peña.

- d) La Constitución solo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo.<sup>53</sup>

---

51 Ver *ibíd.*, sección 58.

52 Es cierto que de una norma prohibitiva se deduce que el legislador debe hacer algo. Por ejemplo, de la norma constitucional que prohíbe discriminaciones arbitrarias se deduce que el legislador debe reconocer a todos los hijos, por ejemplo, iguales derechos hereditarios, independientemente de las condiciones de su concepción. Pero eso es distinto a decir que existe una norma en la Constitución de la que se sigue el derecho de un hijo nacido fuera del matrimonio a heredar la misma porción de bienes que aquellos hijos nacidos dentro del matrimonio. Es evidente que tiene ese derecho, pero como consecuencia de que sea hijo y que estén prohibidas las discriminaciones arbitrarias. De lo contrario, habría que concluir que todas las obligaciones de hacer del legislador están ya previstas en la Constitución. Esto es absurdo. Del principio de igualdad y no discriminación se siguen muchas obligaciones para el legislador que no están previstas en la Constitución. Esa es la idea, precisamente, del principio de igualdad.

53 Tribunal Constitucional, *op. cit.*, voto de la Ministra Peña, considerandos 5-7.

La ministra Peña no solo estima que el Código Civil no incurre en ninguna discriminación al impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que va más lejos, afirmando algo que ningún otro ministro señaló: que la Constitución solo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo. En opinión de la ministra Peña, la Constitución solo es compatible con un solo tipo de matrimonio: el de personas de sexo distinto.

Ya vimos que los ministros Carmona, García, Viera-Gallo y Fernández señalaron que la Constitución no contiene preferencias en esta materia y menos prohibiciones, pero la ministra Peña estima cree que sí. ¿Cuál es el razonamiento? Un silogismo que condujera a la posición de la ministra Peña debería contener al menos las siguientes premisas:

1. El constituyente permite al legislador regular el matrimonio.
2. El legislador no tiene discrecionalidad absoluta para hacerlo, pues debe respetar límites.
3. Uno de los límites está dado por los valores y principios constitucionales.

Entre ellos, se encuentra que el matrimonio sea entre personas de distinto sexo.

Conclusión: el matrimonio entre personas del mismo sexo no se puede permitir.

Estas premisas están contenidas en los considerandos 6 y 7 de su voto. Las premisas 1 y 2 son indiscutibles. La premisa 3 está tomada de la Constitución española, lo que no tiene sentido, según hemos comentado, y la premisa 4 carece de fundamento constitucional. De hecho, el silogismo no funciona porque la premisa 4 y la conclusión no se distinguen. Por eso, en la lógica de la ministra Peña, el valor superior del ordenamiento no puede ser que el matrimonio sea entre personas de distinto sexo sino la heterosexualidad. Así, la premisa 4 diría que entre los valores constitucionales se encuentra la heterosexualidad y, por tanto, se concluiría que no se puede permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pero ya hemos explicado que la ministra no puede afirmar eso porque resulta abiertamente homofóbico y porque carece de fundamento en el texto de la Constitución.<sup>54</sup> Además, incluso suponiendo la premisa de que la heterosexualidad sería un valor constitucional, eso no

<sup>54</sup> Ver el voto de los ministros Viera-Gallo, García, Carmona y Fernández, cuando analizan la historia de la Constitución en relación con el matrimonio.

lleva a la conclusión de la ministra Peña, pues no existe nexo lógico entre un contrato (que es un hecho institucional) y la conducta sexual (que es un hecho bruto). En efecto, dos personas homosexuales, del mismo o distinto sexo, podrían casarse y permanecer célibes, como ha ocurrido en Chile. En esta hipótesis, el matrimonio no afectaría el supuesto “valor” de la heterosexualidad.

En cualquier caso, la conclusión del silogismo no se sostiene. Más bien al contrario: la premisa 2 alude a límites y entre ellos se encuentra la no discriminación arbitraria. El argumento de los peticionarios en la Acción de Protección es precisamente que el artículo 102 del Código Civil constituye una discriminación arbitraria que vulnera ese límite. La ministra Peña debió considerar si ese límite se infringía en este caso.

#### **4. ¿Existe discriminación?**

El propósito de este trabajo ha sido revisar los argumentos que algunos ministros del TC invocaron para sostener la postura contraria a que se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hasta aquí, se han revisado esos argumentos y se han desechado. No parece haber buenas razones para impedir jurídicamente que se puedan casar personas del mismo sexo. En este punto, enfrentamos una nueva pregunta: del hecho de que no haya buenas razones para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo, ¿se sigue que el artículo 102 del Código Civil sea discriminatorio? La respuesta no es del todo simple. En primer lugar, se podría responder que no se sigue, pues una cosa no implica la otra. Esto no niega que sea discriminatorio por otras razones; solo afirma que la mera ausencia de razones no implica por sí misma discriminación. Sin embargo, la respuesta bien puede ser la inversa. En efecto, si no hay buenas razones para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo, eso significa que la ley no debería excluir del matrimonio a las personas del mismo sexo y, como sí lo hace, produce una discriminación. Así, la mera ausencia de razones sí produce ipso iure una discriminación porque el principio de igualdad, como vimos, permite diferenciar si hay buenas razones para ello, y aquí no las habría, de modo que la diferencia sería discriminatoria.

Como quiera que sea, el artículo 102 sí es discriminatorio y, por ende, inconstitucional, por otras razones. No es el objetivo de este trabajo desarrollar esa argumentación, pero a lo menos podemos esquematizar un razonamien-



to<sup>55</sup> en los términos siguientes:

- Como señala el voto del ministro Vodanovic, la función esencial del matrimonio se expresa en fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca. La función esencial del matrimonio no es la procreación.<sup>56</sup>
- Estos fines son aplicables a cualquier tipo de pareja, independientemente del sexo de sus integrantes.
- Como se afirma en el documento de Libertades Públicas, citado en el fallo, el matrimonio es una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena.<sup>57</sup>
- La Constitución exige tratar con igual dignidad, consideración y respeto a todas las personas, y el Estado y el derecho deben contribuir a crear las condiciones que permitan a todos su mayor realización material y espiritual posible. Así se desprende con absoluta claridad del artículo 1°.
- La imposibilidad jurídica de acceder al matrimonio para parejas del mismo sexo las coloca en situación desmejorada frente a las parejas de distinto sexo. Las priva de acceder a una institución socialmente valiosa,<sup>58</sup> de conseguir sus fines, alcanzar sus propios planes de vida y realizarse plenamente; las margina y segrega causándoles un daño. Sobre todo, esta exclusión las estigmatiza porque la imposibilidad jurídica se explica precisamente por una valoración negativa acerca de tales parejas.<sup>59</sup>
- En consecuencia, tanto el efecto de la imposibilidad jurídica de casarse como su fundamento (la homofobia) son incompatibles con el ideal de sociedad que el artículo 1° de la Constitución delinea, en consonancia con el principio de igualdad.

## Conclusión

Este artículo ha pretendido presentar y comentar críticamente los argumen-

---

55 Algunos argumentos están tomados del voto de minoría; otros, del documento de Libertades Públicas citado en el mismo voto; y otros atingen al texto constitucional.

56 Tribunal Constitucional, *op. cit.*, ver voto del ministro Vodanovic.

57 Ver documento de Libertades Públicas, en el fallo.

58 *Ibíd.*

59 Tribunal Constitucional, *op.cit.*

tos que algunos ministros del TC esgrimieron en contra de permitir que personas del mismo sexo se puedan casar. Tales argumentos son:

- i. El matrimonio solo para personas de distinto sexo no es discriminatorio:
  - a. El matrimonio siempre ha sido entre un hombre y una mujer.
  - b. La doctrina también ha entendido que el matrimonio es solo para parejas de distinto sexo.
  - c. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, como prescribe la Constitución, y el matrimonio es la base principal de la familia, como establece a su vez la Ley de Matrimonio Civil.
  - d. Los fines del matrimonio son varios, entre ellos, la procreación. Por ende, está bien que la ley reserve el matrimonio a las parejas de distinto sexo.
  - e. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio.
  - f. Hombre y mujer son diferentes. La permisión del matrimonio solo a parejas de distinto sexo se funda en las diferencias entre hombre y mujer.

2. Las funciones de la familia y del matrimonio:

- a. La familia cumple una serie de funciones.
- b. La familia constituida por un matrimonio entre un hombre y una mujer es esencial para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo.
- c. El matrimonio entre personas del mismo sexo es contrario al derecho internacional de los derechos humanos.
- d. La Constitución solo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo.

Algunos de esos argumentos se solapan, pero se explicaron por separado para no mezclar la estructura del argumento de un ministro con la de otro.

En general, estos argumentos no se sostienen. Como afirma el ministro Vodanovic en su voto de minoría, son reflejo de estereotipos y prejuicios discriminatorios basados en una valoración negativa respecto de la homosexualidad. Este artículo concluye que no existen buenos argumentos para sostener la imposibilidad jurídica de casarse para personas del mismo sexo.

También se sostuvo en este artículo, aunque no se desarrolló como tema principal, que el artículo 102 del Código Civil, al no permitir que se puedan casar personas del mismo sexo, constituye una discriminación arbitraria contraria al principio de igualdad y es, por ende, inconstitucional. La razón es que la ley, en la práctica, diferencia a dos tipos de parejas y excluye a una de ellas de un estatuto que es fundamental para el pleno desarrollo de los individuos, y lo hace básicamente bajo el supuesto de que la homosexualidad no es aceptable. Es decir, la ley se basa en la homofobia, de modo que, tanto en su efecto como en su fundamento, es discriminatoria.

Se sostuvo al inicio de este artículo que el requerimiento presentado era inservible para conseguir su objetivo, porque solicitar la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil no genera un espacio de permisión (o ausencia de norma prohibitiva) que habilite a personas del mismo sexo a casarse, sino que más bien genera un espacio de ausencia de norma constitutiva, que impide casarse. Por eso, lo que se debe impugnar no es el artículo 102 en su totalidad sino solo la parte que limita el matrimonio al hombre y la mujer.