

**INFORME SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO
102 DEL CÓDIGO CIVIL.**

***AMICUS CURIAE ANTE EL EXCMO. TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL DE CHILE.***

A favor de la eventual declaración de inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil en el procedimiento Rol N° 1881-2010.

Pablo Cornejo Aguilera.

Javier Gallego Saade.

Felipe Jiménez Castro.

EXCELENTE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. DECLARACIÓN DE INTERÉS DE LIBERTADES PÚBLICAS PARA COMPARCER EN EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 2331 DEL CÓDIGO CIVIL ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Libertades Pùblicas es una asociación gremial que tiene como objeto la defensa, protección y promoción social de los derechos fundamentales de las personas, asumiendo como tarea general, la participación en toda clase de actividades que constituyan una oportunidad favorable para el logro de ese objetivo. Nuestra asociación surgió como la iniciativa de un grupo de abogados en defender la libertad de expresión frente a la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” que fuera impuesta por una decisión judicial. Este caso fue llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la participación de nuestra asociación.

Ni el reconocimiento de los derechos de las personas en textos normativos ni la posibilidad institucional de reclamar su respeto garantizan su vigencia efectiva cuando no existe aún en Chile una cultura cívica que los haga valer enérgicamente; esos derechos están expuestos a ser violados y desconocidos en muchas ocasiones. Libertades Pùblicas pretende contribuir a la formación de una cultura cívica que no sólo reconozca y respete los derechos fundamentales como la libertad de expresión, sino que también los valore como elemento garantista de la participación democrática.

Precisamente, según se consigna en los Estatutos de nuestra asociación:

Av. PRESIDENTE RIESCO 5561, OF. 1004, LAS CONDES, SANTIAGO, CHILE.

“Artículo Segundo. Objeto. La Asociación tendrá por objeto la defensa, protección y promoción social de los derechos fundamentales de las personas, entendiéndose por tales los consagrados en la Constitución Política de la República de Chile y en los Tratados Internacionales vigentes sobre la misma materia. En especial, la Asociación defenderá, protegerá y promocionará las libertades públicas consagradas en dichos cuerpos normativos. Para el logro de sus objetivos la Asociación podrá en particular:

a) hacerse parte en juicios, procedimientos o gestiones, judiciales o administrativos, de carácter nacional o internacional, en que se encuentre comprometido el respeto a un derecho fundamental;

[...]

d) realizar estudios, presentar trabajos y actuar como entidad consultiva de problemas individuales o colectivos que involucren el respeto de los derechos fundamentales de la persona;

[...]

f) en general, participar en toda clase de actividades, públicas o privadas, que constituyan una oportunidad favorable para la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona.”

En este contexto, la participación de Libertades Pùblicas como *Amicus Curiae* en este procedimiento cobra especial relevancia para nuestra asociación, en la medida que se trata precisamente de una causa de innegable interés público, donde se está discutiendo la posibilidad de acceso que tienen las personas, con prescindencia de su orientación sexual, a la principal institución contemplada en nuestro ordenamiento con la finalidad de regular las relaciones de familia; problemática que concierne no sólo al respeto de la dignidad intrínseca de cada ser humano, la igualdad ante la ley y al libre desarrollo de la personalidad, sino que

desarrolla una serie de consecuencias prácticas difíciles de dimensionar, atendida la posición central que tiene el matrimonio como elemento generador de efectos jurídicos no sólo en la legislación civil, sino en todo nuestro ordenamiento jurídico.

Todos estos elementos enunciados, que confirman la existencia de un interés público en el conocimiento y resolución de la presente causa, relacionado con el desarrollo de los principios y derechos reconocidos por nuestra Constitución Política de la República y en diversos Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, permiten justificar la participación de Libertades Pùblicas A.G. como *Amicus Curiae* en la presente causa.

De esta forma, y por las razones antes expuestas, solicitamos a VS. Excma. tenga a bien considerar el presente Informe al momento de resolver la declaración de inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil.

Ivan Harasic Cerri

Pablo Cornejo Aguilera

Javier Gallego Saade

Felipe Jiménez Castro.

2. EL CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA.

En primer término, con el objeto de poder desarrollar correctamente el contenido del presente Informe y de justificar el carácter arbitrario que tiene la negativa contemplada en nuestra legislación a la posibilidad de acceso a la institución matrimonial por parte de las parejas de personas del mismo sexo, debemos necesariamente referirnos en forma previa al reconocimiento que nuestra Constitución hace de la familia. En efecto, una de las principales objeciones que se han planteado a la posibilidad de abrir el matrimonio como estatuto de pareja destinado a regular las relaciones entre personas del mismo sexo es la supuesta existencia de una determinada concepción de familia, recogida por nuestro constituyente, la cual estaría construida en torno al matrimonio como institución heterosexual, destinada a reconocer la existencia de una institución destinada a crear el mejor ambiente para la procreación y crianza de los hijos.¹

Precisamente, por esta razón, debemos comenzar el presente Informe preguntándonos si es posible construir un único concepto de familia a partir del texto constitucional; y si ello es afirmativo, si es posible intentar dilucidar cuál es el concepto que plantea nuestra Carta Fundamental.

Sin embargo, la búsqueda de una concepción constitucional de familia no puede dejar de considerar ciertos principios reconocidos en nuestra Carta Fundamental, particularmente la primacía de la persona, la autonomía que se le reconoce a ésta para formar y desarrollar sus planes de vida, y como consecuencia, la posible existencia de diversas concepciones del bien, todas ellas igualmente válidas.² Por esta razón, *a priori* parece poco plausible (e incluso, poco deseable) el

¹ v. SOTO KLOSS, Eduardo (1994) pp. 217-225; CORRAL TALCIANI, Hernán (1994) pp. 259-272; CORRAL TALCIANI, Hernán (1990) pp. 35-85.

² v. RAZ (1986) pp. 417.

desarrollo de un concepto (o, en estricto rigor, una *concepción*) constitucional determinada de la familia, que excluya desde esta perspectiva la posible existencia de otras concepciones rivales. En este sentido, como lo hace el profesor TAPIA, debemos comenzar por cuestionarnos la posibilidad misma que la Constitución, llamada a ser el ordenamiento fundamental de todas las relaciones jurídicas, sea interpretada en sentido que prefiera un modelo familiar por sobre otros.³

Precisamente, en un Estado democrático, como expresamente afirma el artículo 4 de la Constitución Política es la República de Chile, donde se reconoce que todas las personas nacen libres e iguales, siendo depositarias de la misma dignidad (art. 1 CPol), la decisión concreta acerca de la configuración de la familia debería quedar dentro del ámbito propio de las competencias del legislador, poder público que debido a su representatividad está llamado a definir cuales serán las reglas que de mejor manera reflejen nuestras concepciones éticas sobre nuestras formas de asociación y de establecer vínculos significativos, sujeto siempre a la limitación a su actuar que supone el resguardo de las garantías fundamentales que la propia Carta Fundamental reconoce a todas las personas.

Por el contrario, la noción en orden a que la Constitución Política plantearía un determinado modelo unívoco de familia presenta problemas con el concepto mismo de Constitución Política, en cuanto carta fundacional de una comunidad política, en este caso, democráticamente gobernada. Por sus propias características, la Constitución no puede ser entendida como una decisión a favor o en contra de una doctrina comprehensiva del bien, sino que como una decisión acerca del marco general dentro del cual estas doctrinas pueden desenvolverse, aceptado que sea el hecho del pluralismo razonable.⁴

³ TAPIA (2007) p.169.

⁴ RAWLS (1995) pp.54-55.

Recogiendo precisamente la señalada noción, se ha señalado por el profesor HERNÁNDEZ sobre lo que implica la existencia de un estado democrático, que en “*un Estado como el descrito debe responder en todas sus dinámicas a una ética pluralista, lo que implica respetar, proteger y promover la diversidad de formas de vida que quieran vivir sus ciudadanos, así como sus derechos humanos, pero con una importante limitación: los derechos humanos de todas las personas. Por tanto, no puede ser sólo una forma de vida la respetada, protegida y promovida [...], pero tampoco todas las imaginables*”⁵.

De ahí, entonces, que sea posible transformar la pregunta con que iniciamos este acápite, y en lugar de interrogarnos por la supuesta existencia de una concepción constitucional única de la familia, debemos reflexionar sobre cuáles son las concepciones de familia que tienen cabida dentro del texto constitucional y cuáles, en cambio, son contradictorias con él. De esta forma, acorde con lo expuesto, podemos afirmar que aquellas configuraciones legales de la institución familiar que entran en pugna con garantías fundamentales individuales sí pueden ser consideradas inconstitucionales, precisamente por pugnar con aquellos principios y derechos que estructuran nuestro orden constitucional; pero, a la inversa, la propia diversidad que subyace a nuestra Carta y la primacía reconocida a la persona, impide que pueda admitirse que la Constitución Política dirime de antemano cuál debiera ser esa configuración jurídica específica que recibe la institución familiar, impidiendo la posibilidad de desarrollo de interpretaciones que propendan a una ampliación en el reconocimiento de las formas de asociación fundadas en los vínculos de afectividad y solidaridad que quedarán comprendidas dentro de ella.

⁵ HERNÁNDEZ (2008a) p. 44.

Por lo demás, los proyectos de reforma constitucional reiteradamente presentados⁶ dan cuenta que, en nuestra práctica institucional y política, suele entenderse que la Constitución no establece un determinado y único modelo de familia que debe ser protegido por el legislador, incompatible con el reconocimiento de un matrimonio igualitario, sino que, por el contrario, para que la adopción de esta reforma legal se encuentre constitucionalmente proscrita sería necesaria una modificación al texto constitucional actual.

Más aún, a diferencia de lo que ocurre con el término *familia*, utilizado por nuestra Carta Fundamental siempre en un sentido amplio (en el artículo 1 inc. 2º al momento de reconocer que se trata del núcleo fundamental de la sociedad, en el artículo 1 inc. 4º al establecer que su protección es, en los términos de FAVOREU, un objetivo de valor constitucional, y en el art. 19 N° 4, al reconocer el derecho al respeto y protección a la vida privada y la honra de cada persona y su *familia*) el término matrimonio carece de cualquier reconocimiento constitucional, no siendo utilizado ni una sola vez en nuestra Carta Fundamental. En otras palabras, nuestra Constitución no solo no recoge ningún concepto de matrimonio, sino que ni siquiera hace mención a él en su extensa normativa, derivando su protección solamente de la protección de la familia, concepto constitucional que, como hemos tenido la oportunidad de revisar, debe ser entendido en términos amplios.

Esta situación ha tratado erróneamente de ser salvada por los detractores del matrimonio igualitario recurriendo a un supuesto concepto de matrimonio subyacente a diversas Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, en una interpretación que no considera las funciones propias del

⁶ Cfr., hasta la fecha, se han presentado tres Proyectos de Reforma Constitucional destinados a incorporar en nuestra Carta Fundamental la diferencia de sexo de los contrayentes como un elemento esencial del matrimonio. Se trata de los Boletines N° 3863-07, 7198-07, 7458-07 y 7656-07. El último de ellos, ingresado por los Senadores Andrés CHADWICK y Pablo LONGUEIRA, tenía por finalidad incorporar en el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución Política la frase: "en garantía y protección de la familia, sólo un hombre y una mujer tienen derecho a contraer matrimonio".

reconocimiento de los derechos fundamentales en los Tratados Internacionales ni su carácter de piso mínimo susceptible de ser desarrollado por la legislación interna de cada país. En este preciso sentido, el Tribunal Constitucional del Reino de Bélgica resolvió que:

“Las disposiciones convencionales invocadas –ni el artículo 23.1 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos- no pueden ser interpretadas en el sentido que ellas obligarían a los Estados contratantes a considerar a considerar la ‘dualidad sexual fundamental del género humano’ como un fundamento de su orden constitucional.”

[...]

B.6.2. En la interpretación de las disposiciones convencionales citadas en la pretensión, debe ser tenido en cuenta el artículo 53 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el artículo 5.2 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos.

[...]

B.6.4. Resulta de las disposiciones citadas en B.6.3 que el artículo 12 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el artículo 23.2 del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos no pueden ser interpretados en el sentido que ellos impedirían a los Estados que son partes de las convenciones precitadas de otorgar el derecho garantido por esas disposiciones a las personas que deseen ejercer ese derecho con personas del mismo sexo.”⁷

Todas estas consideraciones han llevado a constitucionalistas como el profesor ALDUNATE, quien señala sobre este punto que “*La regulación del matrimonio es una cuestión que en nuestro sistema jurídico queda entregada al*

⁷ Tribunal Constitucional Reino de Bélgica. Arret N° 159/2004, 20 octubre 2004.

derecho civil, sin que sea posible encontrar en la Carta Fundamental, ninguna referencia directa al matrimonio.”⁸

Por estas razones, resulta absolutamente injustificable pretender derivar, sin hacerse cargo de la ausencia de cualquier reconocimiento de la institucional matrimonial o de cualquier señalamiento de sus características, una supuesta concepción constitucional estricta de matrimonio, que exigiría la diferencia de sexo entre sus contrayentes, como lo hace, por ejemplo, el propio Ministro NAVARRO BELTRÁN, en su artículo *Constitución y Familia*,⁹ donde recurriendo a diversos antecedentes argumenta a favor de una determinada concepción del matrimonio. Debido a que el citado es uno de los trabajos que desarrolla en forma más ordenada las razones por las cuales la Constitución supuestamente recogería una concepción única de la familia, basada en el matrimonio heterosexual, seguiremos el esquema propuesto por el autor, analizando cada uno de los argumentos expuestos.

a. Antecedentes de la Constitución.

En primer término, el Ministro NAVARRO señala que “*Una detenida lectura de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en particular de su sesión N° 191, de 18 de marzo de 1976, lleva a la irrefutable conclusión que la familia que se protege es aquella cuyo origen descansa en el matrimonio indisoluble que define el artículo 102 del Código Civil, aún vigente. Así, Enrique Evans, sobre el punto, sostiene que ‘el fundamento legal de la familia es el matrimonio’, mientras que Ovalle reafirma la idea que la familia puede derivar ‘de un solo matrimonio’ o de ‘matrimonios sucesivos’. En igual sentido, Diez manifestó que ‘La legislación si debe tender a que marido y mujer vivan juntos, con sus hijos.’*”

⁸ ALDUNATE (2006) pp. 39-40.

⁹ NAVARRO (s.a)

Dejando al margen los problemas que puede acarrear una interpretación originalista de la Constitución¹⁰ (problemática que en nuestro país resulta especialmente compleja, atendido las ineludibles dificultades en términos de legitimidad democrática que presenta nuestra Carta Fundamental¹¹), esta manera de interpretar la Constitución resulta, en sí misma, atentatoria contra la necesaria coherencia que debe presentar toda interpretación, y en particular, una interpretación donde subyacen elementos valorativos tan relevantes como es la interpretación constitucional.

En efecto, una interpretación originalista como la descrita, que prescinde completamente de la evolución político-social y del impacto que ha significado para nuestro ordenamiento la recepción amplia de los derechos fundamentales consagrados en los Tratados Internacionales,¹² lo que hace es pretender imponer una determinada visión ética de orden sustancialista,¹³ sin asumir la carga de la argumentación sobre las razones que nos deben llevar a seguir aceptando la interpretación propuesta, cuestión que no se aviene ni con el reconocimiento de la autonomía personal (en cuanto capacidad de discernir sobre la propia noción de bien y de formar un plan de vida conforme a ella, valor derivado de la propia dignidad humana) ni con el carácter democrático con que definimos nuestro sistema político y social (valor que supone una capacidad reflexiva de la propia sociedad, capaz de autogobernarse y de definir de manera deliberativa las nociones de bien que inspirarán la configuración de las reglas sociales), ambos principios fundantes de nuestro orden institucional.

En otras palabras, si “*Chile es una república democrática*” (art. 4º CPol), donde todas “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”

¹⁰ v. DWORKIN (1986) pp.114-150; LINARES (2008) pp.151-155.

¹¹ v. VALLEJO, PARDOW (2008) pp.139-140.

¹² v. PEÑA (1996) pp. 545 y s.

¹³ v. HERNÁNDEZ (2008b) pp. 38 y s.

(art. 1 inc. 1º CPol), no es posible teóricamente una interpretación que se opone, precisamente, a la posibilidad de la democracia deliberativa recurriendo a una supuesta “intención del constituyente”.

Sin embargo, incluso recurriendo a las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, nos encontramos con que la noción desarrollada acerca de la familia y sobre el rol de los poderes públicos se encuentra en línea con el desarrollo argumentativo presentado en este Informe. En efecto, las discusiones sostenidas en el seno de la Comisión permiten pensar que, en realidad, la decisión sobre la forma en que deben estructurarse las instituciones familiares no fueron definidas por el constituyente, sino que quedaron comprendidas dentro del margen de deliberación política parlamentaria.

En efecto, cuando se discutía la posibilidad de incluir en el artículo 1 un mandato de protección de la integridad de la familia (cuestión que, como se sabe, no prosperó), el Comisionado Jaime GUZMÁN planteó que:

*“cree vital que la familia sea defendida en su integridad, y si la Constitución establece este concepto, corresponderá al legislador y a la comunidad nacional discutir en cada instante qué norma, qué realidad vulnera la integridad de la familia y cuál no. No le parece que la Constitución deba entrar en el detalle de perfilar el contenido de la integridad de la familia, pero sí de afirmar que la integridad de la familia es fundamental y de señalar el eje sobre el cual debe centrarse el debate”.*¹⁴

En este mismo sentido se pronunció el Comisionado EVANS, quien, pese a creer que el matrimonio indisoluble era la base de la familia, se inclinó por no incorporar una declaración de este tipo en la Constitución, señalando al respecto que:

¹⁴ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Tomo VI, Sesión 191.

“la proposición redactada por el señor Guzmán, en cuanto contiene la expresión ‘integridad’, no le satisface. Cree que está incurriendo, con redacciones de esta naturaleza, en algo similar al pecado de don Juan Egaña hacia 1823. Lo peor que le puede ocurrir a un constituyente es bordear, según el criterio de muchos o en algunas importantes opiniones, calificativos que pueden tener connotación ridícula. La Constitución moralista de don Juan Egaña ha pasado a la historia como la expresión de lo que no debe ser una Constitución. La Constitución moralista es la concreción de dos términos absolutamente antitéticos. El profesor Guzmán, con toda razón, vinculó la integridad de la familia al problema de la indisolubilidad del matrimonio. Y en el mismo momento en que el señor Guzmán la vinculó a la indisolubilidad del matrimonio, aparece como un deber básico, expresión que no tiene objeto. A su juicio, los deberes, o son básicos o no lo son. Si se los está consagrando en la Constitución, son básicos, pero dar mayor jerarquía a uno diciendo que ése es básico, le parece absolutamente innecesario, inconveniente y sin objeto. Considera que, colocar en el plano de un deber para todos los habitantes de la República, para todos los miembros de la comunidad nacional, como expresa el señor Guzmán, la defensa de la integridad de la familia y, consecuencialmente -porque no puede ser de otra manera-, la indisolubilidad del matrimonio, vulnera otras garantías constitucionales, como son la libertad de conciencia; incluso la libertad de cultos, porque hay algunos de éstos que permiten la disolución del vínculo matrimonial; la libertad de expresión, etcétera. Estima que esta materia ronda mucho el ámbito de lo estrictamente personal y del deber moral a que aludía, con toda razón, el señor Silva Bascuñán. No quisiera que se acusara a los miembros de esta Comisión de pretender imponer constitucionalmente la indisolubilidad del vínculo matrimonial y, más aun, no como un precepto constitucional que prohíba el divorcio con disolución de vínculo, sino como una obligación, un deber cívico -porque el alcance de todo esto es establecer un conjunto de deberes semejantes -para todos los habitantes de la República. Cree que se está yendo demasiado lejos.

Sostiene que no sería admisible en la comunidad nacional una campaña o una expresión de una voluntad de grupo que se manifieste por la supresión de la institución de la familia. No sería de desear. El deber de los habitantes respecto de la familia, es el de respetar la institución familiar. En cambio, este deber no se extiende a tener que aceptar la indisolubilidad del vínculo matrimonial, porque cualquiera persona podría decir que respeta la institución familiar y que, al mismo tiempo, acepta la disolución del vínculo matrimonial para proteger muchas veces otros valores insertos en el núcleo familiar o a otras personas que están en el, como son los hijos, quienes tal vez, en ciertas circunstancias, pueden llevar, con la disolución del vínculo matrimonial, una vida más normal.”¹⁵

Como puede apreciarse de la extensa cita transcrita, enfrentada a la posibilidad de regular constitucionalmente uno de los elementos que la doctrina tradicional chilena consideró como parte integrante del concepto mismo de matrimonio, como es su indisolubilidad, la Comisión para rehusar su incorporación desarrolló una argumentación basada en la tolerancia y en la necesidad de dejar entregada la definición de estas problemáticas a la propia evolución social, recalando que en cada decisión que se adopte sobre este tema debían tenerse en consideración otros derechos o principios reconocidos en la Constitución. Este mismo razonamiento resulta plenamente aplicable al caso de autos: si bien la Comisión nunca discutió la posibilidad de existencia de un matrimonio igualitario, quedando la definición de esta materia entregada al propio legislador, quien, enfrentado a las nuevas realidades y en cumplimiento de su mandato de protección a la familia, debe definir las reglas que permitirán la organización de estas nuevas formas familiares, abriendo con ello las puertas para que sea la comunidad política (esto es, el pueblo, a través del parlamento) quien determine si es admisible o no el matrimonio igualitario.

¹⁵ Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Tomo VI, Sesión 191.

Incluso más, como se argumentará en la Segunda Sección de este Informe, la determinación que realice el legislador se encontrará sujeta a las limitaciones generales, no pudiendo atentar en contra de las libertades y principios precedentemente indicados (particularmente, el principio de igualdad), correspondiendo al Tribunal Constitucional, guardián de la Carta Fundamental, corregir las decisiones legislativas que la afecten.

Por todas estas razones, es posible afirmar que, incluso adoptando un enfoque originalista de la interpretación constitucional, no es posible sino concluir que nuestra Constitución no afirma previamente una concepción determinada de familia, ni mucho menos de matrimonio. Por lo demás, esta es precisamente la evolución que ha mostrado el derecho de familia a nivel comparado, la cual, reconociendo que la familia es una realidad extra normativa, la define en torno a los elementos que le son propios, con prescindencia de la forma de estructuración jurídica que reciba en cada ordenamiento.

Conforme a esta visión, la familia es una entidad funcional a los diferentes proyectos de vida de los individuos, fundada en la existencia de lazos de afectividad y solidaridad entre sus miembros. *A cada uno su familia, a cada uno su Derecho*. Por esta razón, como concluía el Decano Jean CARBONNIER, se puede afirmar que “*si hubiera algo nuevo en las reformas del derecho de familia, no sería su concepción de la familia, sino su concepción del derecho*’. *El derecho de familia pasa a ser así una ordenación neutra [...] que debe aplicarse a diferentes modelos de familia [...]. Esta marcada visión individualista parece impregnar el derecho privado contemporáneo, pues a pesar de que la Constitución haya insistido solemnemente en el reconocimiento y protección de la familia (artículo 1º), la preeminencia otorgada al individuo mediante los derechos de la personalidad resulta evidente*”.¹⁶

¹⁶ TAPIA (2008) p.161.

b. Doctrina Nacional.

En segundo término, con el objeto de fundamentar sus conclusiones, el Ministro NAVARRO recurre a diversas citas de autores nacionales, entre los cuales se encuentran los profesores CEA EGAÑA, PRECHT PIZARRO, CARRASCO DELGADO, SOTO KLOSS y JIMÉNEZ LARRAÍN, todos los cuales se inclinarían por el necesario carácter heterosexual de la institución matrimonial, derivada de su carácter de sociedad natural que propende a la propagación y educación de la especie humana.

Sin embargo, la afirmación en orden a que las señaladas son las funciones propias del matrimonio no puede ser admitida sin más en nuestro actual ordenamiento. Hacerlo implicaría negar todas las transformaciones que en nuestro ordenamiento familiar se han venido produciendo desde el año 1998, las cuales son el reflejo tanto del cambio en las concepciones sociales, como de una nueva manera de entender la familia y el matrimonio.

En nuestra sociedad actual, caracterizada por la inclusión de la mujer al mundo laboral, la creciente igualdad entre los géneros, la postergación de los planes familiares frente a la realización de otros ámbitos de la vida personal, hechos vinculados por el creciente control que tienen las personas sobre las consecuencias del ejercicio de su propia sexualidad (a través de los medios anticonceptivos) la antes estrecha vinculación existente entre el matrimonio y la sexualidad se ha ido disolviendo. Si hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585 el matrimonio era el espacio reservado para el legítimo ejercicio de la sexualidad, hecho reflejado en la existencia de diversas categorías de hijos, después de la entrada en vigencia de la señalada ley se terminó por reconocer que la delimitación de los deberes nacidos de la relación paterno-filial en nada dicen relación con la aplicación de un determinado estatuto a la pareja.

En otras palabras, en nuestra legislación actual el matrimonio ha perdido completamente su otra relevante función de regulación de la procreación,

encontrándose hoy en día este hecho desvinculado de la eventual existencia de un estatuto legal de pareja aplicable a los progenitores.

Confirmado este hecho, nuestra Nueva Ley de Matrimonio Civil ha terminado por supeditar la relevancia procreativa del matrimonio al alcance de las finalidades propias de la vida en pareja y a la realización de los planes de vida de cada uno de los miembros de la unión. Así, mientras antes la impotencia era una causal de nulidad matrimonial, determinada por la imposibilidad de cumplir los fines reconocidos del matrimonio (causal objetiva), hoy en día solo puede dar lugar a la aplicación de la señalada sanción si el cónyuge que no sufre la enfermedad ignoraba la condición del otro, viéndose de esta manera protegida no la consecución de una determinada finalidad objetiva del matrimonio, sino la plena realización de los planes de vida de cada uno de los cónyuges dentro de la institución matrimonial (elemento subjetivo).

Para finalizar este apartado, donde hemos tratado de poner énfasis en las nuevas nociones de la familia y del matrimonio, que van más allá de la procreación y se centran en rol que esta institución cumple, permitiendo el desarrollo de un proyecto de vida en común, nos gustaría considerar los elementos que identifica como propios de la familia don Sergio DÍEZ URZÚA, autor reconocidamente conservador, quien señala que en ella “*no hay privilegios del todo sobre las partes, ni de las partes sobre el todo, porque, como una comunidad de amor y solidaridad, la familia satisface las más profundas exigencias del ser del hombre, un ser que pide amor y puede dar amor, que pide solidaridad y puede dar solidaridad.*”¹⁷

Pues bien, todos estos elementos afectivos que a juicio del autor citado definen la noción tradicional de familia, como es el amor entre sus miembros y la existencia de vínculos de solidaridad, serán también encontrados en las relaciones

¹⁷ DÍEZ (1999) p. 49.

que entablen las parejas de personas del mismo sexo, no existiendo razón para excluirlos del goce de una institución central, destinada precisamente a dotar de un estatuto a la relación de pareja. Precisamente, por estas razones, el Tribunal Constitucional Belga resolvió en su sentencia de 20 de octubre de 2004 que:

“En nuestra sociedad contemporánea, el matrimonio es vivido y experimentado como una relación (formal) entre dos personas, teniendo como objetivo principal la creación de una comunidad de vida durable. El matrimonio ofrece a los dos compañeros la posibilidad de afirmar públicamente su relación y los sentimientos que ellos tienen el uno por el otro.

Las mentalidades han evolucionado –hoy en día, el matrimonio sirve esencialmente para exteriorizar y para afirmar la relación íntima de dos personas y pierde su carácter procreativo-, no hay ninguna razón para no abrir el matrimonio a las personas del mismo sexo” (Doc. Parl. Sénat, 2001-2002, N° 2-1173/I, pp. 1 et 2).”¹⁸

c. Jurisprudencia Nacional.

En tercer término, el profesor NAVARRO cita jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional con el propósito de demostrar la recepción de la concepción de familia por él defendida. Sin embargo, ninguno de los fallos citados nos proporciona guías para decidir el presente caso: tratándose de los fallos del Tribunal Constitucional, esta imposibilidad se produce por no estar referidos a la existencia de una concepción de familia, sino en términos generales a la función del Capítulo de las Bases de la Institucionalidad; tratándose del fallo de la Corte Suprema, por encontrarse condicionado precisamente por el artículo 102 del Código Civil, disposición cuya constitucionalidad se cuestiona en los presentes autos.

¹⁸ Tribunal Constitucional Reino de Bélgica. Arret N° 159/2004, 20 octubre 2004.

d. Derecho Comparado.

En cuarto término, el profesor NAVARRO hace referencia a diversas Cartas Constitucionales Latinoamericanas que si contienen una referencia en cuanto a que la familia descansa en el matrimonio, institución reservada para la unión entre un hombre y una mujer. Sin embargo, al momento de hacer la citación, omite la referencia a la práctica constitucional de los señalados países o, incluso, a otras normas constitucionales que expresamente permiten fundar la familia sobre bases distintas al matrimonio, reconociendo expresamente la pluralidad de modelos conyugales.

Así, por ejemplo, utilizando solamente las constituciones citadas por el autor, nos encontramos con que el Tribunal Constitucional colombiano ha reconocido la necesidad de incorporar dentro de la protección proporcionada por el legislador a las familias, a aquellas formadas por dos personas del mismo sexo, en decisiones que se encuentran precisamente fundadas en la vigencia del principio de igualdad.¹⁹

Sin embargo, lo que resulta aún más grave de la señalada argumentación es la falta de referencia a otras Cartas Fundamentales, vigentes a la época de discusión y entrada en vigencia la Constitución de 1980, las cuales fueron tomadas en consideración por nuestro constituyente. Así, y de forma solamente ejemplar, debemos tener presente que a la fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1980 el matrimonio, en cuanto institución básica de la familia abierta a personas de distinto sexo se encontraba reconocido, entre otros cuerpos normativos, en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental Alemana de 1949²⁰; en el

¹⁹ V. BONILLA (2010) pp. 183-200.

²⁰ Art. 6.1 El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.

artículo 29 de la Constitución Italiana de 1947²¹; en el artículo 41 de la Constitución Irlandesa de 1937.^{22 23}

Los señalados cuerpos normativos fueron todos considerados por el constituyente nacional, con un grado variable de relevancia en lo que respecta a su influencia, sin que nuestra Carta Fundamental hubiese efectuado un reconocimiento similar de la institución matrimonial. En otras palabras, el constituyente nacional, aún cuando pudo advertir que los modelos constitucionales que sirvieron de fuente para la elaboración de la Carta de 1980 contemplaban un reconocimiento de la institución matrimonial, optó explícitamente por no efectuar un reconocimiento similar, en una decisión que, como pudimos apreciar precedentemente, se encontró determinada por la intención de no dotar de rango constitucional a una materia cuya definición debía quedar entregada al legislador.

e. Legislación.

²¹ Art. 29. La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia.

²² Art. 41. 1º. El Estado reconoce a la familia como el grupo unitario natural, primario y fundamental de la sociedad y como institución moral poseedora de derechos inalienables e imprescriptibles, anteriores y superiores a toda ley positiva. 2º El Estado se compromete, por lo tanto, a proteger la familia en su constitución y autoridad como base necesaria del orden social y como indispensable al bien de la Nación y del Estado. 2.1. En particular, el Estado reconoce que con su vida dentro del hogar la mujer brinda al Estado un apoyo sin el cual no se podría conseguir el bien común. 2.2. El Estado se esforzará, por consiguiente, en garantizar que las madres no se vean obligadas por necesidades económicas a dedicarse al trabajo con descuido de sus deberes en el hogar. 3.1. El Estado se compromete a preservar con especial solicitud la institución del matrimonio en la que se basa la familia, y protegerla de todo ataque. 3.2. No se elaborará ley alguna que prevea la disolución del matrimonio. 3.3. Ninguna persona cuyo matrimonio haya quedado disuelto conforme al derecho civil de algún otro Estado, pero que siga siendo un matrimonio válido conforme al ordenamiento vigente bajo la jurisdicción del Gobierno y del Parlamento establecidos por esta Constitución, podrá contraer matrimonio válido dentro de dicho ámbito de jurisdicción mientras continúe viviendo la otra parte del matrimonio así disuelto.

²³ De la misma forma, el artículo 32 de la Constitución Española de 1978 establece que “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y los deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.*”

Finalmente, el profesor NAVARRO recurre a fin de reforzar su argumento a las disposiciones de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, dando cuenta de la incompatibilidad del matrimonio igualitario con la noción de matrimonio defendida por nuestra Constitución. Sin embargo, contrariamente a lo expuesto, consideramos junto con el profesor ALDUNATE que:

*“La impresión que queda es que a cambio de regular el divorcio, se trató de reforzar el matrimonio elevándolo a una categoría que la Constitución no le da: ni más ni menos que ser la base principal del núcleo fundamental de la sociedad. Sin poder distinguir aquí una ganancia normativa –los enunciados de este tipo en una ley no tienen el valor de la consagración del respectivo principio a nivel fundamental-, podría al menos decirse, con algo de humor, que el efecto de esta disposición es llevar a considerar el celibato como un comportamiento anti, o a lo menos, asocial”.*²⁴

Por el contrario, la contenida en el artículo 1 inc. 2º de la Ley N° 19.947 es una simple definición legal, que por su propia naturaleza no puede alterar la normativa constitucional (por el contrario, esta definición legal puede a su vez ser objeto de un control de constitucionalidad) ni puede tampoco conferir una interpretación auténtica, so riesgo de diluir el sistema de distribución de competencias establecido en nuestra propia Carta Fundamental entre el constituyente y el legislador.

f. Recapitulación.

Por todas estas razones pareciera que, más que plantear una concepción única y excluyente de familia, la Constitución Política deja el margen para que varias concepciones razonables puedan competir en la deliberación pública y, en definitiva, se puedan plasmar en el Derecho positivo.

²⁴ ALDUNATE (2008) pp. 41-42.

Por ello, la construcción normativa de la familia y de las instituciones anexas a ella (paradigmáticamente, el matrimonio y la filiación) queda entregada a la competencia propia del legislador, quien goza de una amplia libertad para definir las reglas que configurarán cada una de estas instituciones.

Sin embargo, evidentemente esta construcción debe ser acorde a los principios y garantías constitucionales, tales como el respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1 del texto constitucional) el principio de subsidiariedad del Estado y de autonomía de los cuerpos intermedios (artículo 1), la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2) y la protección de la vida privada (artículo 19 N° 4).

Sin embargo, como señalábamos previamente, la configuración legal de la familia y sus instituciones propias, dentro de las cuales se encuentra el matrimonio, no puede pasar a llevar garantías fundamentales. Particularmente relevante en esta materia son los principios de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria. En este sentido, “*ya que el Estado democrático de Derecho se sustenta en una serie de principios, necesariamente el derecho de familia debería corresponderse con ellos, a objeto de darles operatividad, de manera de evitar que, como suele ocurrir, sólo se declaren, sin que se apliquen o se cumplan mayormente*”²⁵.

En definitiva, la discusión que se impone es si existe o no alguna razón jurídica o moralmente relevante que justifique a la diversidad de sexo de los contrayentes como un requisito esencial del matrimonio, y no una discusión acerca de un concepto de familia anterior al proceso político y otorgado por la Constitución Política. Llegado este punto, nos corresponde analizar cuales son esas razones contempladas en nuestro texto constitucional que imponen la acogida del presente recurso de inaplicabilidad y el reconocimiento de un matrimonio igualitario.

²⁵ HERNÁNDEZ (2008a) p. 42.

3. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

Habiéndonos referido a la amplitud que presenta el concepto constitucional de familia en nuestra Constitución, y como a partir de él pueden ser incluidas distintas concepciones, todas ellas igualmente válidas, y por tanto, igualmente merecedoras de la misma protección por parte de los diversos órganos que integran el Estado de Chile, cabe tratar las razones de principio que imponen una interpretación inclusiva de la institución matrimonial, que permita el acceso a esta institución central del Derecho de Familia chileno a todos los ciudadanos, con prescindencia de su orientación sexual. Se trata, evidentemente, de la inclusión de las exigencias propias del principio de igualdad y del libre desarrollo de la personalidad dentro del ámbito del Derecho de Familia.

Como es bien sabido, el artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución asegura a todas las personas igualdad ante la ley, al tiempo que prohíbe tanto al legislador como a las autoridades encargadas de aplicar la ley el establecimiento de diferencias arbitrarias. La citada disposición sigue de este modo una interpretación amplia del principio de igualdad, prohibiendo su vulneración tanto en el contenido mismo de la norma jurídica, como en su posterior aplicación concreta por las autoridades competentes, adscribiendo entonces a la denominada doctrina de la *clasificación razonable*, en conformidad con la cual se entiende incorporada a esta norma una auténtica regla de reconocimiento de la rectitud (en términos más precisos, de *razonabilidad*) de las clasificaciones a que toda norma que establezca

una diferenciación debe necesariamente estar sujeta, a fin de evitar incurrir en una distinción atentatoria del derecho de igualdad enunciado.²⁶

Precisamente, el reconocimiento de un derecho de igualdad entre todas las personas no es sino la necesaria consecuencia de la afirmación más general que realiza la propia Constitución cuando proclama a todas las personas como merecedoras del mismo respeto por parte de las instituciones públicas, conforme al reconocimiento de la igual libertad y dignidad que efectúa el texto constitucional en el primer inciso de su primer artículo, al sentar los principios que forman parte de las Bases de la Institucionalidad.

Esta afirmación de profundo contenido valorativo se expresará además en el llamado principio de servicialidad del Estado, consagrado en el inciso 4º del mismo artículo 1, conforme al cual “*El Estado al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común*”; así como en el reconocimiento que efectúa el artículo 19 N° 3 del Código Político, que consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Todas estas son expresiones de la primacía de la persona en nuestro ordenamiento constitucional, preferencia axiológica que importa la consagración de un verdadero criterio de preferencia interpretativo de todas las instituciones legales, que tiene por particular efecto el robustecer y ampliar la dimensión del derecho a la igualdad antes mencionado en lo que respecta a las instituciones y agentes públicos (y privados) obligados a respetarlo.

A este respecto, no menos relevante resulta la protección de la vida privada y de la honra tanto personal como familiar, en los términos del artículo 19 N° 4 CPol, para efectos de observar el estatuto jurídico que en definitiva confiere la Constitución a la persona humana en materia de respeto a su derecho a la igualdad, tanto frente a los órganos de la administración como en su desenvolvimiento personal en un esfera de privacidad en intimidad, necesarias para el desarrollo de una vida familiar.

²⁶ FLORES, VEGA (2004) p. 45. Con referencias.

Son precisamente estas consideraciones las que han llevado al Estado de Chile a reconocer la igualdad ante la ley y la inviolabilidad de la vida privada en diversos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile, los cuales integran nuestro bloque de constitucionalidad en conformidad con lo establecido en el artículo 5 inciso 2º CPol.²⁷

En este orden, debemos comenzar por señalar que la igualdad ante la ley y la inviolabilidad de la vida privada se encuentran reconocidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento fundante de la moderna institucionalidad internacional de derechos humanos, que en su artículo 7 establece la igualdad de todos los seres humanos y el goce sin discriminación de una igual protección. Por su parte, el artículo 16 de la misma convención reconoce tanto a hombres como mujeres el derecho al matrimonio y a la formación de una familia. De la misma forma, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su artículo 23 reconoce a la familia como la unidad fundamental de la sociedad, al tiempo que su numeral segundo establece la libertad que tiene tanto el hombres y mujeres para contraer matrimonio, siendo la única exigencia a la cual queda sometida el goce y ejercicio de este derecho el haber alcanzado una edad apta para el matrimonio y para la formación de una familia. Por su parte, el artículo 26 del mismo Pacto reconoce a todas las personas el derecho a ser tratadas como iguales prohibiéndose cualquier forma de discriminación en base al sexo u otras características. Estos mismos principios son recogidos en el instrumento constitutivo del sistema interamericano de derechos humanos, como puede apreciarse en el artículo 17 de la Convención Americana, que reproduce en parte el contenido del artículo 23 PIDCP, agregando solamente que el derecho al matrimonio debe ajustarse a las condiciones exigidas en el Derecho doméstico, con la limitante contemplada en el mismo numeral segundo de esta norma, que exige que ello no se encuentre en conflicto con el principio general de no discriminación, establecido en el artículo 24 de esta Convención. Finalmente, el reconocimiento igualitario de derechos también se encuentra consagrado en el artículo 2º de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, sin distinción de sexo ni otras características.

²⁷ v. FLORES, VEGA (2004) p. 49 para las fechas de suscripción.

Por otro lado, la inviolabilidad de la vida privada se encuentra reconocida en varias normas de los instrumentos ya mencionados.²⁸

Esto nos permite concluir que el Estado de Chile ha asumido con la suscripción de estos documentos deberes amplios, tanto de protección de la igualdad de los ciudadanos frente a la aplicación discriminatoria de la ley o al establecimiento de diferencias arbitrarias, por un lado, como de no interferencia y de respeto de la esfera de libre desenvolvimiento - que tiene lugar en parte importante en la privacidad del hogar y se encuentra entonces delimitada por el contexto de la vida familiar - por el otro.

Asimismo, resulta importante destacar que en materia de arreglos regionales de derechos humanos, existe jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual, fundada en el alcance que tiene el principio de igualdad y el respeto de la vida privada y familiar, ha declarado que la negativa de acceso a una institución militar (como el caso de las fuerzas navales) por la orientación (homo)sexual que presenten las personas afectadas por la medida, es contraria al artículo 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos, que consagra tanto el derecho a la vida privada como familiar.²⁹

Ahora bien, para efectos de aproximarnos a la relevancia que tiene el reconocimiento del derecho a la igualdad en apoyo de la tesis de la inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil chileno, es necesario destacar de modo previo que la propia evolución de la jurisprudencia nacional a este respecto permite introducir consideraciones sustantivas sobre el ejercicio de derechos y el acceso a privilegios y beneficios estatales en condiciones de igualdad, muy lejos del restrictivo alcance en términos interpretativos que tuvo este principio en el período anterior a 1990, donde la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad resulta ser más bien tímida y restringida a materias económicas.³⁰ Precisamente, la evolución reciente de este panorama ha mostrado un giro, dando paso al desarrollo de un criterio judicialmente operativo de *razonabilidad*, para

²⁸ V. FLORES, VEGA (2004) p. 50

²⁹ V. *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, 1999. (www.echr.coe.int/eng/Judgments.htm)

³⁰ Sobre esto RUIZ-TAGLE (s.a) pp. 3 – 4.

efectos de analizar casos de discriminación y, por ende, de vulneración al derecho a la igualdad.³¹

En este desarrollo se aprecia un notable intento de nuestra jurisprudencia constitucional, en especial considerando las constantes referencias a fallos anteriores para efectos de mostrar una cierta coherencia en razón del uso de la categoría *igualdad* en sus decisiones, de avanzar - escapando de la incertidumbre en que la necesaria adopción de una concepción de la igualdad nos sitúa a la hora de resolver controversias en que el derecho fundamental consagrado en el art. 19 N° 2 de nuestra Constitución juegue un rol fundamental³² – hacia la concepción de un auténtico criterio operativo judicialmente.

En la actualidad, luego de un importante desarrollo jurisprudencial y doctrinario tanto en nuestro país como en el Derecho comparado, es posible afirmar que la operatividad del criterio de igualdad depende de su estrecho vínculo con el principio de no-discriminación. Ello queda suficientemente demostrado en el trabajo del profesor Humberto NOGUEIRA, quien identifica como el primer cambio de paradigma del derecho o principio de igualdad la evolución que este derecho ha presentado desde el reconocimiento de una mera igualdad formal, hasta el surgimiento de demandas sociales, las cuales se traducen en la constitucionalización de derechos económicos y sociales bajo un paradigma de igualdad material sustentado en la idea de Estado social.³³

Considerando el estado actual de la discusión y el influjo del Derecho de los derechos humanos en el Derecho constitucional doméstico, en virtud del cual encontramos un criterio de reconocimiento de nuestra común identidad sobre la base de nuestra condición humana - lejos de las categorías y estratificaciones de la era pre-moderna o del hecho de la institucionalización de la esclavitud en la

³¹ Véase a modo de ejemplo el Considerando 24° de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1683-2010, que incluye numerosas referencias a fallos anteriores sustentando la tesis de que la igualdad como no discriminación supone la introducción de un criterio de razonabilidad.

³² Sobre la necesidad de encontrar un criterio judicialmente operativo de reconocimiento de casos de vulneración del art. 19 N °2 y la dificultad de esta empresa, ATRIA (2000). Sobre la distinción entre conceptos y concepciones (relevante para comprender la dificultad de la tarea de interpretación y aplicación en sede constitucional del art. 19 N °2) véase del mismo autor, ATRIA (2003) pp. 331 y ss.

³³ NOGUEIRA (2006) pp. 804 y ss.

sociedad occidental moderna, donde la operatividad del principio de igualdad dependía del trato igualitario a individuos ya situados en condiciones de igualdad o desigualdad, mostrándose como una fórmula vacía y sostenedora de graves atentados a la dignidad humana – hoy podemos con seguridad afirmar que nos encontramos situados en un tercer paradigma: el de la igualdad como un mandato de evitación de la discriminación bajo el supuesto de que los actos estatales y las leyes se someten a un estándar de razonabilidad o proporcionalidad.³⁴ Así, en esta línea nuestra Corte Suprema ha establecido que por “*discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable*”,³⁵ reconociendo por tanto, al menos de modo implícito, la necesidad de hacer operativo un criterio de razonabilidad para efectos de reconocer atentados al derecho de igualdad como no discriminación.

Como se sabe, este criterio ha tomado diversas formas en los distintos ordenamientos jurídicos, debiendo por vía ejemplar tenerse presente que diversos ordenamientos han adoptado el denominado principio de proporcionalidad elaborado originalmente por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.³⁶

En lo que respecta al derecho constitucional angloamericano, en las últimas décadas el criterio de razonabilidad,³⁷ mediante el cual se hace operativo el principio de igualdad como no discriminación, ha permitido el análisis de casos en que el atributo relevante para estimar la presencia de discriminación es la orientación sexual. Es decir, el atributo relevante para poner bajo la lupa del análisis del principio de igualdad en la actualidad lo constituye – así como anteriormente la raza o el género – la orientación sexual de los individuos. Así

³⁴ Sobre el desarrollo del principio de igualdad como no discriminación en el derecho internacional, v. BAYEFSKY (1990)

³⁵ Citado por NOGUEIRA (2006) nota 16.

³⁶ Sobre esto NOGUEIRA (2006) pp. 812 y ss.

³⁷ Basado en niveles de escrutinio que imponen mayores o menores exigencias de vinculación entre el atributo y cierta política estatal o legislación para la Corte Suprema de Estados Unidos. Similar criterio es utilizado por la Corte Canadiense. Sobre esto NOGUEIRA (2006) pp. 817 y ss.

ocurrió, por ejemplo, en el célebre caso decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos *Romer v. Evans*,³⁸ donde se consideró que una enmienda constitucional estatal prohibiendo adoptar legislación protecciónista dirigida a ciertos individuos sobre la base de su orientación sexual vulneraba la cláusula de igual protección ante las leyes – contenida en la XIV Enmienda de la Constitución - puesto que no aparecía suficientemente demostraba la existencia de ningún interés estatal legítimo más allá de la evidente animosidad dirigida hacia los individuos de orientación homosexual que la enmienda institucionalizaba. Notable resulta que la principal opinión disidente en dicho caso destaca la preservación de una moral tradicional culturalmente cargada hacia la heteronormatividad como principal argumento para rechazar la declaración de inconstitucionalidad de la enmienda constitucional estatal.³⁹

Sin embargo, no fue sino hasta el año 2003 con la sentencia del célebre caso *Lawrence v. Texas*⁴⁰, donde la Corte Suprema declaró inconstitucional la tematización penal de la sodomía consentida entre adultos del mismo sexo, que la doctrina (y jurisprudencia) norteamericana se vio en la posibilidad de desarrollar un auténtico derecho a la privacidad, intimidad y en términos generales, a la elección de una forma de vida ausente de interferencias externas,⁴¹ apto para ser complementado a nivel doctrinario con el ya robusto principio de igual protección ante las leyes, con la finalidad de sustentar la tesis de que la definición de matrimonio contenida en la sección tercera de la Ley de Defensa al Matrimonio de Estados Unidos (en inglés “DOMA”) - la cual contiene una definición de

³⁸ 517 U.S. 620 (1996)

³⁹ “[The constitutional amendment before us here is not the manifestation of a ‘bare...desire to harm’ homosexuals, but is rather a modest attempt by seemingly tolerant Coloradans to preserve traditional sexual mores”]

⁴⁰ 539 U.S. 558 (2003)

⁴¹ Sobre la importancia del célebre fallo y la discusión sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual, véase, entre otros, GARLINGER (2004) pp. 56 y ss. También KLARMAN (2005).

matrimonio cercana al artículo 102 de nuestro Código Civil aquí en disputa⁴² - viola la cláusula de igual protección de la Constitución.⁴³

Tanto en la jurisprudencia⁴⁴ como en la doctrina de los últimos años se ha desarrollado fuertemente la tesis de que un Estado democrático que reconozca la dignidad, libertad e igualdad de sus ciudadanos (como lo hace el Estado de Chile consagrando estos fines en su norma constitucional) además del derecho a contraer matrimonio y a formar una familia en la dimensión de su vida privada, no puede consistentemente discriminar el acceso a esta institución, ni afectar el goce de su vida privada, en razón de la orientación sexual de sus ciudadanos. Esto se sigue de dos consideraciones previas de la cual esta conclusión es deudora. La primera apunta a la finalidad principal del Estado democrático moderno basado en el principio de respeto a la igualdad. Su finalidad principal, como se deduce ciertamente del primer artículo de nuestra Constitución, es la promoción de la autonomía de todos los individuos en condiciones de igualdad, lo que, en palabras de un eminente constitucionalista estadounidense, supone permitir a los individuos no sólo la satisfacción de sus preferencias personales, sino también la posibilidad de formación de dichas preferencias.⁴⁵

Esto se deja ver como una interpretación del principio que nos llama a configurar del mejor modo posible nuestras instituciones jurídicas, civiles y políticas, de modo de permitir a quienes conviven con nosotros en una comunidad la posibilidad de construir planes de vida que incluyan la formación de una familia en torno al matrimonio y el resto de los aspectos de un plan racional de vida, de un

⁴² La norma establece: “Para efectos de determinar el significado de cualquier ley del Congreso, o fallo, regulación o interpretación de cualquier agencia y órgano administrativo de los Estados Unidos, la palabra ‘matrimonio’ designa la unión legal entre un hombre y una mujer como marido y mujer, y la palabra ‘cónyuge’ [esposo, del inglés *spouse*] sólo se refiere a una persona del sexo opuesto quien es marido o mujer” La traducción es nuestra.

⁴³ Véase en general el artículo “Litigating the Defense of Marriage Act: The next battleground for Same-Sex Marriage”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, n°8, 2004, pp. 2684 - 2707

⁴⁴ Dado que la constitucionalidad de la Ley de Defensa al Matrimonio no ha sido cuestionada en sede de la Corte Suprema de Estados Unidos los fallos relevantes provienen hasta ahora de cortes estatales. Entre estos fallos resalta de modo notable el caso *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003) decidido por la Corte Suprema del Estado de Massachusetts, que reconoció un derecho a casarse a las parejas del mismo sexo, en base al principio de igualdad de la norma constitucional estatal y federal. De nuevo, sobre la importancia del fallo *Goodridge* desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional estadounidense KLARMAN (2005).

⁴⁵ SUNSTEIN (1994) p. 2421

modo tal que no existan restricciones legales o barreras de cualquier tipo a la posibilidad de desarrollar ampliamente la personalidad en virtud de dichos planes de vida.

La segunda consideración apunta al hecho que la restricción al proceso de selección de alternativas o de formación de preferencias necesarios para la promoción de la autonomía individual en base a la orientación sexual de los ciudadanos resulta inaceptable por cuanto el rasgo de la orientación sexual de los individuos - así como su raza o género – se distribuye de modo moralmente arbitrario. Esto es, la característica de un individuo de tener cierta orientación sexual (ser heterosexual, bisexual u homosexual) está arbitrariamente determinada y del mismo modo resulta inmutable.

En este ámbito, el autor William N. ESKRIDGE llevó adelante un estudio de los argumentos que vinculan la institución del matrimonio y el principio de igualdad, a partir del desarrollo jurisprudencial angloamericano reciente, en particular canadiense y estadounidense.⁴⁶ Para el caso de Canadá, la Corte Suprema se enfrentaba en su momento a la pregunta por el acceso a la institución del matrimonio a individuos de orientación sexual distinta a la heterosexual, en razón del derecho a la igualdad consagrado, de modo muy similar a nuestra norma constitucional, en la sección 15 (1) de su carta constitucional como un “*derecho a igual protección y a igual beneficio de la ley sin discriminación*”.

Un miembro de la Corte Suprema de dicho país sostuvo en 1993 en una disidencia que las normas que prohíben a las parejas entre personas del mismo sexo los beneficios estatales regularmente otorgados a parejas del sexo opuesto constituyen discriminaciones odiosas, basadas en la orientación sexual.⁴⁷ Con esto se hace partícipe de la línea argumentativa doctrinal estadounidense, la cual a partir del ya mencionado fallo *Romer v. Evans* sostiene que una diferenciación en base a la orientación sexual que impida el acceso de cierto grupo a los beneficios de una institución constituye siempre una discriminación odiosa y por tanto prohibida por una cláusula básica de reconocimiento de la igualdad como no discriminación. En otro fallo la misma Corte Suprema sostuvo que la orientación sexual se asimila a la

⁴⁶ ESKRIDGE Jr. (2000)

⁴⁷ *Canada v. Mossop*, citado en ESKRIDGE Jr. (2000) p. 205

condición racial o sexual, en el sentido de que se trata de una característica profundamente personal (en otros términos: arbitraria o natural como antes se mencionó) y que es la base de la desventaja social y política que surge de la estereotipación y el prejuicio⁴⁸ (animosidad, en los términos de *Romer v. Evans*).

Sin embargo, el verdadero aporte del trabajo citado, se traduce en su presentación de tres distintas concepciones del principio o derecho de igualdad, todas compatibles con el argumento en contra de la exclusión de acceso a la institución del matrimonio en razón de la consideración de un atributo inmutable y arbitrariamente determinado como es el caso de la orientación sexual.

Así, encontramos primero la idea de igualdad formal, que aparece como un componente básico de un Estado de Derecho liberal moderno, esto es, neutral respecto de las concepciones de lo bueno que puedan adoptar sus ciudadanos, y preocupado más bien por la distribución igualitaria de cargas y beneficios en una sociedad. Este principio, que podemos denominar de neutralidad liberal, debe regir de modo más predominante tanto en el Derecho Penal⁴⁹ como en el Derecho Constitucional, ámbitos normativos donde cada persona considerada individualmente entra en una relación con el Estado, ya sea para imponer una sanción penal previa aplicación de un criterio de merecimiento en el caso del Derecho Penal, o para proteger derechos fundamentales en el caso del Derecho Constitucional. A esta consideración relativa al individuo se suma una relativa al Estado, de orden consecuencialista, y que descansa en los beneficios que éste obtiene del acceso a las distintas instituciones y cargas que la institución del matrimonio impone, desde el punto de vista de la dimensión de vigencia del estándar de justicia distributiva que es preocupación de la administración central.⁵⁰

En segundo lugar, la igualdad tiene una dimensión reparadora, que aparece ante la insuficiencia en determinados casos (el autor cita el régimen de *apartheid* de Estados Unidos y Sudáfrica) del criterio de igualdad puramente formal. Esta concepción se apoya en la base de la plena operatividad que tiene el

⁴⁸ ESKRIDGE Jr. (2000)

⁴⁹ SADURSKI (1988 – 1989). Esto implica la ilegitimidad de normas penales que sancionen conductas por consideraciones puramente moralistas, pp. 370 y ss.

⁵⁰ ESKRIDGE Jr. (2000) p. 213.

estándar de justicia correctiva, aquí ampliamente interpretado. Por diversos motivos la inclusión en la sociedad de las minorías sexuales no ha sido tematizada bajo este espectro, tratándose de un escenario desafortunado para el autor.⁵¹ En nuestro país, el proyecto de ley que pretende tematizar conductas discriminatorias es un claro avance en la dirección de incorporar a nuestro debate político el concepto de igualdad reparadora.

Por último, la igualdad tiene una dimensión transformadora, en el sentido de que la inclusión en el debate de este principio nos permite reflexionar respecto a las formas institucionales que mejor sirven a la sociedad y los modos en que el Estado puede mejorarlas, en términos que no son puramente retrospectivos sino ampliamente prospectivos.⁵² Así, una legislación de matrimonio inclusiva requiere de un trasfondo normativo que permita paulatinamente el reconocimiento de las minorías favorecidas en todos los aspectos posibles de la vida social. De nuevo, la discusión en torno al proyecto de ley contra la discriminación se muestra como un caso óptimo para avanzar en esta dirección.

Teniendo estas consideraciones a la vista, el argumento de la inconstitucionalidad de una definición de matrimonio que excluya a ciertos individuos en razón de su orientación sexual homosexual descansa en la inexistencia de una justificación racional para la legislación que vincule el tratamiento diferenciado a un fin gubernamental legítimo, toda vez que cualquier set de justificaciones racionales posibles es siempre reducible a dos formas de justificación (que se encuentran de modo recurrente ya sea en la jurisprudencia o en la doctrina como estrategias de justificación de la mantención de la institución del matrimonio heterosexual) en algún sentido incompatibles entre sí: la promoción del estilo de vida heterosexual mediante una revitalización de la institución del matrimonio tradicional por un lado, y la defensa de alguna forma de moral tradicional por el otro. Según la doctrina que se ha venido desarrollando y cuyas líneas generales se han expuesto aquí, aceptar el segundo argumento resulta inadmisible desde la afirmación de un derecho a la libertad personal robusto en los

⁵¹ ESKRIDGE Jr. (2000) p. 215

⁵² ESKRIDGE Jr. (2000) p. 218

ya mencionados casos *Romer v. Evans* y *Lawrence v. Texas*⁵³ en el caso del Derecho norteamericano. Al mismo tiempo, el primer argumento resulta fácilmente falseable. En efecto, una definición de matrimonio que excluya el acceso a la institución y a los beneficios estatales que conlleva a determinados individuos no contribuye al fortalecimiento de un modelo de unión marital específico, por cuanto no existe ninguna propiedad que resulte esencial a la institución cuya satisfacción sea generalizada por parte de los individuos que actualmente gozan del acceso al matrimonio.⁵⁴

Sobre esto se ha pronunciado recientemente la connotada filósofa angloamericana Martha NUSSBAUM,⁵⁵ autora que ha podido identificar en la institución del matrimonio contemporáneo al menos tres dimensiones diferentes: una de derechos civiles, relacionada con los beneficios estatales y privilegios a los que pueden acceder quienes poseen el estatus o la calidad de casados; en segundo término, una dimensión expresiva, en razón de la declaración de amor y compromiso que hacen los contratantes; y por último una dimensión religiosa.⁵⁶ Pues bien, según NUSSBAUM, el debate sobre la constitucionalidad del matrimonio homosexual no se refiere ni a su dimensión civil (pues actualmente muchos países – entre ellos Chile – trabajan en pos de institucionalizar formas de uniones civiles que contemplen entregarle los mismos beneficios estatales y privilegios a las parejas homosexuales que las parejas heterosexuales gozan por el sólo hecho de contraer matrimonio), ni a su dimensión religiosa, puesto que es de considerar que distintas religiones adoptan distintas posturas en lo que respecta al matrimonio civil y llegan a distintas soluciones cuando se trata de incorporar la diversidad de orientación sexual a sus programas sociales y discursos.

En este punto una mención a la discusión en el derecho canadiense parece de suma relevancia, por cuanto en dicha sede la inclusión de argumentos conservadores relativos al impacto cultural que tiene en una sociedad la cultivación

⁵³ “Litigating the Defense of Marriage Act”, *Harvard Law Review*, p. 2698. Sobre la similitud entre la Ley de Defensa al Matrimonio y la propuesta de enmienda que finalmente sería declarada inconstitucional en *Romer v. Evans*. Véase además RUSKAY-KIDD (1997) pp. 1444-1447.

⁵⁴ “Litigating the Defense of Marriage Act”, *Harvard Law Review*, p. 2699.

⁵⁵ NUSSBAUM (2009)

⁵⁶ NUSSBAUM (2009) p. 44

de un credo religioso determinado, muestra que aún en sociedades occidentales modernas secularizadas, alguna cabida tienen argumentos de esta naturaleza.⁵⁷ Su rechazo parte de la base de que la concepción de la institución del matrimonio que el cristianismo propugna ha cambiado, dando paso en la actualidad a una concepción de la misma que excede la dimensión del acto sexual reproductivo,⁵⁸ circunstancia que no importa únicamente un cambio de paradigma en torno al *telos* principal de la institución del matrimonio, sino respecto a nuestra concepción del acto sexual mismo.⁵⁹

Ahora bien, volviendo a NUSSBAUM, la conclusión del razonamiento anterior es que es en la dimensión “expresiva” del matrimonio donde la discusión se localiza de modo más fértil.⁶⁰ Resulta notable a este respecto que la autora arribe a la misma conclusión que fuera comentada más arriba atribuida a un sector predominante de la doctrina angloamericana. Ciertamente la autora se colocará con esta afirmación en dicha línea de pensamiento. Afirmará NUSSBAUM que, si de la función expresiva del matrimonio se trata, entonces no puede existir una razón suficientemente razonable para negar que los homosexuales expresen su amor y compromiso del mismo modo que los heterosexuales lo hacen en su vida privada.⁶¹

⁵⁷ Véase para un comentario sobre un fallo del Tribunal Supremo canadiense atendiendo al carácter cristiano de la definición de matrimonio, de 1866, VALLIÉRES (2007) p. 303.

⁵⁸ HOWARD-HASSMANN (2001) p. 89. Para un análisis del debate canadiense véase pp. 75 y ss. En nuestro país la fijación del debate en la dimensión secular procede desde la dictación de la Ley de Matrimonio Civil.

⁵⁹ Entonces, en primer lugar la sociedad moderna occidental a través de sus prácticas discursivas ha asumido que la institución del matrimonio no se orienta únicamente al acto sexual. Por otro lado, el acto sexual mismo reconoce distintas dimensiones de expresión, una de ellas es la búsqueda de placer. Este componente se excluye en la concepción del sexo que tiene la religión cristiana, para la cual éste posee tres componentes: la contaminación moral (“polución ritual”) por un lado, el fin reproductivo, y la expresión de amor. El primer componente explica el discurso represivo de la sexualidad; el segundo justifica el sexo conyugal; el tercero modera los dos primeros. La historia de las instituciones del matrimonio y el celibato eclesiástico, así como de las reglas prohibitivas de la sexualidad, es explicada por el autor James Brundage como el juego entre estos tres factores. BRUNDAGE (2000) Sobre el vínculo entre una concepción de la sexualidad como una dimensión de libre desarrollo de la persona y que importa por tanto una tematización de principios de libertad e igualdad, y la institución del matrimonio (entre personas del mismo sexo) radical a tal punto que se sugiere que el primero debe necesariamente incluir el segundo, RICKS (2005) pp. 11 y ss.

⁶⁰ NUSSBAUM (2009) pp. 44 – 45. Por esta razón cuando se trata de esta dimensión el argumento sobre la suficiencia de las uniones civiles como institución alternativa se debilita. Sobre esto “Litigating the Defense of Marriage Act”, *Harvard Law Review* p. 2706

⁶¹ NUSSBAUM habrá demostrado la insatisfacción y la poca capacidad de rendimiento del resto de los argumentos usualmente esgrimidos: El argumento que apela a la moralidad en primer lugar, suele fundarse en doctrinas

Si es el caso que la institución del matrimonio está revestida de una cierta dignidad particular entonces puede ser que el argumento primordial se refiera a la necesidad de demostrar un *buen carácter* o un carácter adecuado y apto para los estándares que la vida matrimonial exige. Según NUSSBAUM, si éste fuera el caso, el principio de igualdad logra derrotar de modo evidente una consideración que tienda a apartar a los homosexuales como individuos carentes de la dignidad o el carácter necesario para satisfacer los estándares de la institución, puesto que es claro que tanto homosexuales como heterosexuales pueden encontrarse entre uno y otro grupo de individuos.⁶²

El carácter y la aptitud para asumir un compromiso con ciertas normas de comportamiento socialmente reforzadas resulta independiente de la orientación sexual, raza o género de los individuos. La autora procede a desenmascarar esta exigencia como un intento de preservar una forma de vida que desconoce la dignidad de ciertos individuos en razón de su orientación sexual (constitucionalmente inaceptable desde *Romer v. Evans*). Para NUSSBAUM la única salida posible en términos de resolución de una disputa constitucional es un compromiso fuerte con el principio de igualdad. El Estado está obligado a proveer ciertos bienes; en caso de que provea ciertos beneficios, y éstos conlleven una cierta función expresiva subyacente, entonces el Estado está obligado a proveerlos a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones⁶³. Creemos que la antes

religiosas, y revestir una naturaleza doctrinaria y sectaria. En segundo lugar, se apela a la procreación y a la crianza de los hijos como fines del matrimonio. El primero no puede ser tratado como un fin esencial del matrimonio pues no se impide a los infériles contraer matrimonio, y en nuestro derecho dicha condición no es ya causal de nulidad. Respecto de la crianza de hijos, parece ser un argumento más bien a favor de la institución del matrimonio heterosexual, pero en nada apoya una crítica al matrimonio homosexual. Nussbaum nos recuerda aquí los resultados de los estudios que prueban que es mejor para un niño ser criado con apoyo y amor por dos padres que por uno sólo, como ocurre en nuestra sociedad que acepta y reconoce el divorcio vincular. Por último los argumentos que sugieren que la institucionalización de la convivencia homosexual a este nivel impone puntos de vista al resto de la sociedad desconocen que el Estado reconoce muchas prácticas y formas de vida que para distintas personas pueden resultar desagradables. De nuevo, esto último se sigue de suyo de comprometerse razonablemente con el así llamado principio de neutralidad a que está sometido el Estado democrático. NUSSBAUM (2009) pp. 48 - 50.

⁶² NUSSBAUM (2009) p. 51

⁶³ NUSSBAUM (2009) p. 53. En contra del argumento que rechaza ampliar los beneficios (tanto por consideraciones de igualdad de oportunidades material como morales o en atención a la función expresiva de las instituciones) a una minoría por consideraciones de reforzamiento cultural o institucional del estado de cosas actual, se ha pronunciado de modo enfático la Corte Constitucional Sudaficana recordándonos la historia de la discriminación: “*La esclavitud duró en este país por un siglo y medio, el colonialismo duró el doble, la prohibición de matrimonios interraciales*

mencionada dimensión religiosa de la institución es en esta frase omitida pues se encuentra presente la afirmación de la diversidad en lo que respecta a la adscripción a credos y dogmas religiosos, lo que se ajusta al paradigma de un Estado moderno desacralizado.⁶⁴

Por estas razones no podemos sino coincidir con Carolina FLORES y Virginia VEGA, quienes, en el trabajo citado al principio de este apartado, concluyen que la diferencia de sexo de la pareja como condición para acceder a la dimensión civil y – sobretodo – expresiva del matrimonio resulta arbitraria, y por tanto contraria a la Constitución. Las autoras consideran la afirmación procedente a la luz del artículo 1º de nuestra Constitución.⁶⁵ A nuestro parecer, es necesario además tener a la vista el considerable bloque normativo de protección de la igualdad e intimidad tanto en el orden constitucional doméstico como en el derecho internacional, y el avance de la doctrina y jurisprudencia comparada a este respecto.

4. PRINCIPALES CONSECUENCIAS PARA LAS PAREJAS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO POR LA NEGATIVA DE ACCESO A LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL.

Como bien lo pudo advertir la Suprema Corte del Estado de Massachusetts en su sentencia de 18 de noviembre de 2003⁶⁶, el matrimonio

incluso más, y la abierta dominación masculina por milenios. Todos se basaron en supuestos hechos sociales y biológicos autoevidentes; todos ellos fueron avalados por la religión e impuestos por el derecho; (...) [Q]ue el Derecho hoy exprese los puntos de vista convencionales de la mayoría no mitiga de manera alguna su impacto discriminatorio". (Corte Constitucional Sudaficana. Sentencia citada por SÁEZ (2011) p. 83). Por último, para el desarrollo de un concepto de igualdad material sustentado sobre la base de la consideración de que el Estado está obligado a proveer de modo igualitario los bienes respecto de los cuales los individuos tienen una reclamación legítima (y que permite extenderse aquí a instituciones como el matrimonio y no sólo a los beneficios cuyo acceso el matrimonio permite) SCANLON (2004) Manuscrito, disponible en línea, p. 10. NUSSBAUM parece apoyar esta perspectiva en NUSSBAUM (2009) p. 53

⁶⁴ Sobre la importancia de este paradigma en la discusión sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo véase PÉREZ (2007) pp. 7 y ss.

⁶⁵ FLORES, VEGA (2004) p. 54

⁶⁶ Goodridge & Others vs. Departament of Public Health & Another. 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

confiere enormes ventajas privadas y sociales a quienes han elegido casarse. El matrimonio civil aparece así como un profundo compromiso con otro ser humano y una alta celebración pública de las ideas de mutualidad, compañía, intimidad, fidelidad y familia; como una asociación que promueve una forma de vida, no causas; una armonía de vida, no una fe política; una lealtad bilateral, no proyectos sociales o comerciales. Precisamente, porque el matrimonio llena nuestros anhelos de seguridad y conexión, que expresan nuestra común humanidad, es una institución valorada socialmente, a la cual van asociadas una serie de derechos, obligaciones y deberes, los cuales conciernen prácticamente a cada aspecto de la vida y la muerte. Por estas razones, proscribir el acceso a las protecciones, beneficios y obligaciones del matrimonio civil, a una persona que entra en una unión íntima y exclusiva con otra del mismo sexo, es privarla arbitrariamente de participar en una de nuestras más gratificantes y preciadas instituciones comunitarias; en una exclusión que es incompatible con los principios de respeto por la autonomía individual y la igualdad ante la ley.

Esta situación no es muy diferente en Chile. La celebración de un matrimonio implica un profundo cambio en la posición que cada uno de los contrayentes ocupa en la sociedad, los cuales afectan no sólo la relación existente entre los miembros de la pareja, sino también aquellas que puedan tener con terceros e incluso con el Estado. En este contexto, hacer un listado completo de los derechos, beneficios, deberes y obligaciones que en nuestro ordenamiento son conferidos a las parejas en atención a su estado civil resulta imposible para efectos de este Informe. Sin perjuicio de ello, nos gustaría destacar ciertos derechos y beneficios de especial relevancia que, siendo reconocidos a las parejas casadas, son negados a las parejas del mismo sexo, al impedirles el acceso al matrimonio.

1. No pudiendo contraer matrimonio, las personas del mismo sexo que forman una pareja se ven privados de la posibilidad de tener el estado civil de casados y por consiguiente, de generar vínculos de parentesco por afinidad con los consanguíneos de su pareja (art. 31 CC);

2. A las personas del mismo sexo que forman una pareja no les resultan aplicables las reglas que establecen el régimen primario matrimonial (art. 131 y ss. CC), lo cual implica, por ejemplo, que en caso de abandono, el miembro

de la pareja que se encuentra en una posición económicamente más vulnerable no podrá demandar alimentos;

3. No pudiendo contraer matrimonio, las personas del mismo sexo que formen una pareja tampoco podrán establecer un régimen patrimonial oponible a terceros;

4. En caso de conflicto patrimonial en la pareja, sus miembros no gozarán del beneficio de competencia;

5. En caso que uno de los miembros de la pareja deviniere demente o disipador, el otro no podrá provocar su interdicción, medida de eminente carácter protectivo;

6. Las personas del mismo sexo que conforman una pareja no pueden beneficiarse de las reglas de la sucesión *ab intestato*, desde el momento que no son legítimarios. Esto implica que todo eventual derecho que pueda llegar a tener queda supeditado a la existencia de un testamento y a la inexistencia de legítimarios;

7. Las personas del mismo sexo que viven en pareja no se pueden beneficiar de la exención establecida en la Ley de Impuestos a las Herencias;

8. Respecto de las obligaciones que nazcan como consecuencia de los desembolsos realizados para solventar los gastos de la vida en común, no existe ninguna clase de privilegio;

9. Entre las personas del mismo sexo que forman una pareja no se suspende la prescripción;

10. Los conflictos que se susciten entre las personas que forman la pareja, no serán conocidos por los Tribunales de Familia, sino por los Tribunales con competencia común;

11. Las personas del mismo sexo que viven en pareja no pueden en la actualidad optar por la aplicación de un estatuto de protección reforzada a su relación, a diferencia de lo que ocurre con las parejas casadas, viéndose entonces expuestos a una situación de mayor vulnerabilidad;

12. Las personas del mismo sexo que forman una pareja no son beneficiarios recíprocos del seguro de accidentes y enfermedades profesionales contemplado en la Ley N° 16.774;

13. Las personas del mismo sexo que forman una pareja no son beneficiarios recíprocos de los derechos que establece el sistema de pensiones (D.L. N° 3.500);

14. Las personas del mismo sexo que forman una pareja no son beneficiarios recíprocos del seguro de accidentes personales causados por la circulación de vehículos motorizados contemplado en la Ley N° 18.490;

15. Las parejas de personas del mismo sexo no cuentan con una protección especial de la vivienda familiar o de los bienes que integran el menaje del hogar, debido a que la actual regulación de los *Bienes familiares* en nuestro Código Civil exige la calidad de *cónyuge*, al igual como ocurre con las reglas que determinan la inembargabilidad de los bienes (art. 1618 N°s 2 y 7). Finalmente, al no tener la calidad de *cónyuge*, tampoco contará con la protección que otorga el derecho de adjudicación preferente establecido en el artículo 1337 N° 10 CC.

16. No pudiendo contraer matrimonio, las personas del mismo sexo que forman una pareja no podrán decidir, en caso de muerte de una de ellas el destino de sus restos, quedando estas decisiones entregadas a sus parientes de grado más próximo (art. 140 y ss Código Sanitario);

17. En caso de muerte del trabajador, su pareja del mismo sexo no se encuentra legitimada para reclamar las remuneraciones que le sean adeudadas.

El expuesto es un listado simplemente ejemplar, que no considera, por ejemplo, todos los beneficios estatales que provee el Estado a sus ciudadanos, donde las parejas de personas casadas gozan de algún beneficio (vg. subsidio habitacional). La realización de un listado exhaustivo es una tarea ardua, toda vez que en nuestro ordenamiento actualmente deben existir alrededor de 1000 disposiciones que consideran el estado civil de casado para desarrollar sus efectos, a las cuales son vedados a las parejas del mismo sexo.

5. CONCLUSIONES.

1. Nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la *familia*, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendió en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas. De esta forma, es imposible recurrir a una supuesta protección de la familia como argumento para impedir el reconocimiento de un matrimonio igualitario: por el contrario, el propio mandato amplio de protección, interpretado acorde con los principios de igualdad y autonomía, constituye un argumento adicional para reconocer a los grupos familiares integrados por personas del mismo sexo el derecho de fundar su familia en un matrimonio.
2. Nuestra Constitución Política reconoce una serie de derechos que exigen conferir un tratamiento igualitario a todas las personas y una interpretación inclusiva de las instituciones sociales, como el matrimonio.
3. En primer lugar, el derecho a la igualdad ante la ley, necesaria consecuencia del reconocimiento de la misma dignidad intrínseca de que está dotada cada persona, impone al Estado el deber de tratar con el mismo respeto a todas las personas, permitiéndoles desarrollar sus planes de vida autónomamente configurados, garantizando un igual acceso a las instituciones sociales.
4. La existencia de este deber de tratamiento igualitario y respetuoso de las diversas concepciones del bien que pueden desarrollar seres autónomos, como son las personas, es complementada en nuestra Carta por el principio de servicialidad, que impone al Estado el deber de proteger y promover estas distintas opciones de vida, compatibles con el bien común.
5. Privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso a una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena; e

implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja, desde el momento que se les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una República democrática que acepta la diversidad de formas de vida.

6. Finalmente, la señalada discriminación no sólo tiene efectos en el ámbito simbólico. En nuestro ordenamiento, el matrimonio desarrolla sus consecuencias mucho más allá del ámbito de las relaciones familiares, siendo considerado en innumerables disposiciones como condición o preferencia para el goce de ciertos derechos. Pues bien, desde el momento que se priva a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a esta institución social, el Estado también les está vedando el acceso a una serie innumerable de ventajas asociadas al estatus de casado, confiriéndoles de esta forma un tratamiento discriminatorio, que dificulta o incluso impide la realización de un plan de vida que consideran indispensable para su propia felicidad.
7. Todo lo señalado precedentemente nos permite arribar a una única conclusión: El Estado, cuando niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes ypreciadas 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 en 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.

BIBLIOGRAFÍA.

ATRIA, Fernando (2000) "Concepciones de la Función Judicial: El Caso de la Igualdad ante La Ley", *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Serie Publicaciones Especiales. N° 10. Universidad Diego Portales. Santiago.

ATRIA, Fernando (2003) "El Derecho y la Contingencia de lo Político", en DOXA, N° 26, Alicante.

BAYEFSKY, Anne (2004) "El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional", (traducción: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile), disponible en línea: http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bayefsky_ElPrincipioDeIgualdad.pdf

BONILLA, Daniel (2010) "Las Parejas del Mismo Sexo en Colombia: Tres Modelos para su Reconocimiento Jurídico y Político" *Anuario de Derechos Humanos*. Universidad de Chile. N° 6. pp. 183-200.

BRUNDAGE, James (2000) "La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval", Fondo de Cultura Económica, México.

CORRAL TALCIANI, Hernán (1990) "Concepto y Reconocimiento Legal de la 'Familia de Hecho'" *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 17 N° 2. pp. 259-272.

CORRAL TALCIANI, Hernán (1994) "Familia Sin Matrimonio: ¿Modelo Alternativo o Contradicción Excluyente" *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 21 N° 2. pp. 259-272.

DIEZ URZÚA, Sergio (1999) *Personas y Valores* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

DWORKIN, Ronald (1986) *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.

ESKRIDGE Jr., William (2000) "La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 2000*. SELA 1999.

FLORES, Carolina, VEGA, Virginia (2004) *Discriminación por Orientación Sexual*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

GARLINGER, Patrick (2004) "In all but name: Marriage and the meaning of homosexuality", *Discourse*, 26.3, Fall.

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2008a) "Ética y Derecho de Familia en el Estado Democrático de Derecho" *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*. N° 2. pp.15-57.

HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2008b) “Derecho de Familia y Derechos Humanos”. En: VV.AA. *Los Otros Derechos. Derechos Humanos del Bicentenario.* (Santiago, Editorial Universidad Arcis) pp. 17-52.

HOWARD-HASSMANN, Richard (2001) “Gay Rights and the Right to a Family: Conflict between liberal and illiberal belief systems”. *Human Rights Quarterly* 23.

KLARMAN, Michael (2005) “Brown, and Lawrence and Goodridge”, *Michigan Law Review*. Vol. 104. N° 3.

LINALES, Sebastián (2008) “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, *Isonomía*. N°.28. pp.151-155.

“Litigating the Defense of Marriage Act: The next battleground for Same-Sex Marriage” (2004) *Harvard Law Review*. Vol. 117. N° 8. pp. 2684 – 2707.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (s.a) “Constitución y Familia”. Documento electrónico disponible en: www.microjuris.cl. Código: MJCH_MJD326. pp. 27-32.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006) “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”. AFDUDC. Vol. 10.

NUSSBAUM, Martha (2009) “A right to marry? Same-Sex Marriage and Constitutional Law”, *Dissent*. Vol. 56. N° 3.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (1996) “El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” En: Medina Quiroga, Cecilia; Mera Figueroa, Jorge. *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 545 y s.

PEREZ, Nicolás (2007) “¿Es constitucional el matrimonio homosexual?”. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. Junio

RAWLS, JOHN (1995) *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica.

RAZ, Joseph (1986) *The Morality of Freedom*. Oxford University Press.

RICKS, Val (2005) “Marriage and the constitutional right to free sex”. *Florida Coastal Law Review*, Fall 2005.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo (s.a) “Análisis jurisprudencial del principio de igualdad en Chile”, Manuscrito en poder del autor.

RUSKAY-KIDD, Scott (1997) “The Defense of Marriage Act and the Overextension of Congressional Authority”. *Columbia Law Review*. Vol. 97. N°5.

SÁEZ, Macarena (2011) “Simposio: Matrimonio entre Parejas de un Mismo Sexo”. *Anuario de Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

SADURSKI, Wojciech (1988) “Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality”. *Law and Philosophy*. Vol. 7. N° 3.

SCANLON, T.M. (2004) “When Does Equality Matter?” Manuscrito, disponible en línea en: <http://politicalscience.stanford.edu/politicaltheoryworkshop/0607papers/scanlonpaper.pdf>.

SOTO KLOSS, Eduardo (1994) “La Familia en la Constitución Política” *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 21 N° 2. pp. 217-225.

SUNSTEIN, Cass (1994) “The Anti Caste Principle”. *Michigan Law Review*. Symposium: Visions of Equality: The Future of Title VII. Vol. 92. N° 8.

TAPIA, Mauricio (2007) “Constitucionalización del Derecho de Familia(s). El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social” *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 8. pp. 155-199.

TAPIA, Mauricio (2008) *Del derecho de familia hacia un derecho de las familias*, En: Guzmán Brito, Alejandro. Editor. *Estudios de Derecho Civil III*. pp.159-166.

VALLEJO, Rodrigo y PARDOW, Diego, “Derribando mitos sobre el Estado empresario”, *Revista chilena de Derecho*, Vol.35, N° 1, 2008, pp.139-140.

VALLIÉRES, Alain (2007) “La Prohibición del Matrimonio entre Cónyuges del Mismo Sexo como Discriminación por Razón de Orientación Sexual (Un Comentario a la Sentencia sobre Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo del Tribunal Supremo de Canadá)”. *Revista de Derecho Político*. N°.68.