



Tribunal Constitucional dicta sentencia respecto del reconocimiento del matrimonio entre dos mujeres celebrado en España

ROL N° 7774-19 INA

1. El **Pleno del Tribunal Constitucional** (TC) resolvió el jueves 4 de junio **rechazar** el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12, inciso final, de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil; y de la frase “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer” contenida en el artículo 80, inciso primero, de la Ley N° 19.947, que establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil.
2. El requerimiento fue presentado el 13 de noviembre de 2019 por Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor en el marco de la sustanciación de un Recurso de Protección presentado por ambas ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el Servicio de Registro Civil e Identificación, por la presunta ilegalidad y arbitrariedad en que ha incurrido ese órgano público al negarse a inscribir el matrimonio de las requirentes celebrado en España, inscribiéndolo como Acuerdo de Unión Civil, institución que denuncian deja a su hijo desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y le impedirá tener reconocimiento de la maternidad de una de ellas.
3. Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor expusieron que, como consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas, quedan desprovistas de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo, cuando el vínculo se celebra en el extranjero, lo que resulta atentatorio con lo dispuesto por los artículos 1º y 19 N° 4 de la Constitución Política de Chile; que ello constituye una discriminación arbitraria de su orientación sexual, la que está proscrita en el ordenamiento jurídico de este país (artículo 19 N° 2 de la Constitución); vulnera el derecho a la identidad del hijo en común, y con ello la protección de la dignidad de toda persona (artículo 1º de la Constitución); y la protección del interés superior del niño, reconocido en tratados internacionales (aplicación del artículo 5º, inciso 2º de la Constitución).
4. La sentencia fue acordada con el voto de cinco de nueve ministros del Tribunal Constitucional: Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, José Ignacio Vásquez Márquez y Miguel Ángel Fernández González. La disidencia fue de los ministros: María Luisa Brahm Barril (Presidenta), Gonzalo García Pino, Nelson Pozo Silva y María Pía Silva Gallinato.
5. Redactó la sentencia el Ministro Cristián Letelier Aguilar, mientras que la redacción de la disidencia fue hecha por el Ministro Gonzalo García Pino. Los ministros Iván Aróstica Maldonado, Juan Ignacio Vásquez, Juan José Romero Guzmán y Miguel Ángel Fernández concurrieron a la sentencia con prevenciones.



CAUSA ROL N° 7774-19 INA

Requirente de inaplicabilidad: Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor.

Normas que se solicitó fueran declaradas inaplicables por ser contrarias a la Constitución: Inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil; y la frase “*siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer*” contenida en el inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947 (2004), que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.

Normas de la Constitución que las requirentes señalaron serían vulneradas: Artículos 1°, inciso segundo, 5°, inciso segundo, y 19 N°s 2 y 4.

Fecha ingreso: 19 noviembre 2019.

Fecha sentencia: 4 de junio 2020. **Rechazado en votación de 4 x 5.** Previsiones de los Ministros Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez; Juan José Romero Guzmán y Miguel Ángel Fernández.

Redacción de la sentencia: Redactó la sentencia el Ministro Cristián Letelier Aguilar, mientras que la redacción del voto disidente fue hecha por el Ministro Gonzalo García Pino. Las prevenciones fueron redactadas por los Ministros señores Aróstica, Fernández y Romero.

Integración Pleno: Presidenta, Ministra María Luisa Brahm Barril y Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato y Miguel Ángel Fernández González.

Juicio en que incidía la solicitud de inaplicabilidad: Autos sobre Recurso de Protección caratulado “Vera con Servicio de Registro Civil” seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo Rol N° 168.844-2019.



LOS HECHOS

1. La ciudadana chilena Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor, de nacionalidad española, expresan haberse conocido el año 2005, iniciando una relación afectiva que se convirtió con el tiempo en una convivencia de hecho que se hizo efectiva tanto en Europa como en Santiago de Chile. Afirman haber contraído matrimonio en España doce años después, el 24 de marzo de 2012, tras lo cual decidieron someterse a un tratamiento para iniciar un proceso de maternidad, el que asumió Cristina Ibars Mayor.
2. Ya en Chile, y habiendo sido informadas del resultado positivo del tratamiento, y una vez avanzado el embarazo, Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor concurren a una oficina del Registro Civil e Identificación de Santiago a inscribir su matrimonio, cuestión que les fue rechazada, quedando el vínculo matrimonial que las une inscrito como un Acuerdo de Unión Civil.
3. Esa inscripción, sostienen ambas, deja al hijo que estaba en ese momento por nacer, desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y no les permitirá tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia Vera.
4. Tras haber solicitado un certificado de matrimonio el 27 de octubre de 2019, el que les fue rechazado, Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor presentaron el 13 de noviembre de 2019 un Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, reclamando por la ilegalidad y arbitrariedad de la decisión del Servicio de Registro Civil e Identificación al no inscribir su matrimonio.
5. Ambas exponen que para ellas “la familia es la unidad básica sobre la que se desarrollan las sociedades y creen firmemente en que el respeto hacia todos los modelos de familias son la clave para crear sociedades equitativas y justas. El matrimonio dota de protección a las familias y entrega certeza frente a fenómenos como la migración, los problemas económicos o los quiebres afectivos”. Por ello, agregan, su matrimonio fue la formalización de la familia que constituían, estando amparadas por un marco legal que pone de manifiesto su condición de familia. Y si bien el matrimonio no cambió su forma de vivir, sí fortaleció su unión, por la visión que ambas tienen de dicha institución.
6. Ese Recurso de Protección se acogió a trámite con informe evacuado por el Registro Civil, y su tramitación fue suspendida por orden de esta Magistratura.



LA SENTENCIA

El Tribunal Constitucional rechazó por cinco votos contra cuatro el requerimiento, con tres prevenciones redactadas por los Ministros señores Aróstica y Vásquez (redacción en común), por una parte; y otras dos hechas por los ministros señores Fernández y Romero. Las consideraciones centrales del fallo son las siguientes:

1. La Carta Fundamental en el artículo 1º, inciso segundo, establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, agregando el inciso final que es deber del Estado dar protección a la familia. A su vez el artículo 19 N° 4 consagra a toda persona como garantía, el respeto y protección a la honra de la familia. De esta manera, el estatuto constitucional considera a la sociedad familiar como una de las bases esenciales de la institucionalidad. No obstante, al no conceptualizar el constituyente la reseñada institución, de los antecedentes emanados de las actas de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano que redactó la Carta Fundamental, y considerando la época de la redacción de la norma, es dable concluir que tal entidad está referida a la familia que comprende marido, mujer e hijos, concepto que en el derecho en general se entiende en un sentido restringido. La doctrina clásica confirma lo expresado al señalar que “es tal la unión que, un hombre y una mujer ligados en matrimonio, forman con sus hijos” (Cea Egaña, José Luis (2015) Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ediciones UC, p. 210);
2. En el estado actual de las cosas interpretar el vocablo “la familia” usado por la Carta Fundamental, desde una posición originalista, esto es, hombre, mujer, hijas e hijos sería desconocer por el juez constitucional la realidad social, la que exhibe diversas tipologías de familias que no coinciden con el concepto tradicional manifestado y que pueden ser consideradas por el legislador según el principio de analogía. En este sentido, el criterio expresado por la Corte Constitucional de Italia (sentencia rol 138/2010), en orden a considerar que el concepto de familia no puede entenderse cristalizado o encapsulado, como se asimilaba al momento de entrar a regir el texto primero constitucional. No obstante, existiendo un estatuto jurídico sobre la familia plenamente vigente -señala el fallo constitucional italiano- “el significado del precepto constitucional no puede ser alterado por una interpretación creativa”;
3. La interpretación reseñada es coincidente y es la más conforme a la situación del país, y a la que esta Magistratura se adherirá por cuanto, existiendo normas de orden público familiar claras y precisas, es otra la vía institucional para entender el sentido y alcance del precepto “la familia” en cualquier sentido. Por consiguiente, vigente un estatuto jurídico que regula la familia, su protección y efectos, no puede darse a todas las uniones afectivas el mismo reconocimiento y protección. Y en lo que respecta a las uniones de personas del mismo sexo, el Estado de Chile reconoce su existencia al dictar la Ley N°20.830, permitiendo la celebración de un contrato solemne cuyas características y efectos, se expresan en dicho cuerpo legal;
4. La inexistencia de autorización legal para celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno, “no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha



de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.” (STC Rol N° 1881, voto particular de los Ministros señores Venegas, Navarro y Aróstica);

5. La inscripción del matrimonio de las requirentes celebrado en España, en el registro de Acuerdos de Unión Civil, significa que están amparadas por la Ley N° 20.830, y tengan entre sí los derechos y obligaciones que este cuerpo legal exige a los contratantes, otorgándoles la seguridad y certeza que ellas requieren. Por consiguiente, las normas jurídicas impugnadas en nada afectan la dignidad y la voluntad de las requirentes de hacer familia y ser reconocidas como tal;
6. El fundamento de la acción de inaplicabilidad, para estimar que los preceptos legales objetados discriminan a las requirentes, se produce a consecuencia de su orientación sexual, con lo que se obtiene como resultado un efecto contrario al texto constitucional. Acoger lo sustentado por las requirentes, conduciría a la afectación del orden público matrimonial, cuyas reglas son esenciales y obligatorias para todos los habitantes de la República. Además de aceptarse que dichos preceptos legales originan arbitrariedad, podría ello conducir a extremos intolerables, en relación con legislaciones foráneas que aceptan vínculos matrimoniales sui generis, tales como matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta moon, en Corea del Sur, entre otros;
7. No puede hablarse de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona de sexo opuesto;
8. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que no es contrario al principio de igualdad ante la ley que algunos países de la Unión Europea no otorguen efectos como matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo, ya que esa decisión queda bajo el margen de apreciación de los Estados. En igual sentido, el Consejo Constitucional de Francia ha señalado que “el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de forma distinta situaciones diferentes, ni a que derogue la igualdad por motivos de interés general proporcionado que, en uno y otro caso, siempre que la diferencia de tratamiento que se produce se encuentre directamente relacionada con el objeto que la Ley persigue; que manteniendo el principio según el cual el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer, el legislador ha estimado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 34 de la Constitución, que la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer puede justificar una diferencia de tratamiento en cuanto las normas del derecho de familia; que no corresponde al consejo constitucional sustituir la presencia del legislador, que tome en consideración, en tal materia, esta diferencia de situación.” (CCF Sentencia N°2010-92 QPC, de 28 de Enero de 2011 c.9);
9. Que, en lo que se relaciona con el interés superior del niño, hecho valer en estos autos, y tenido como vulnerado por la aplicación de las normas jurídicas ya conocidas, y cuyo contenido consiste en el respeto y protección del niño y de los adolescentes, donde su bienestar es el motivo prioritario de quienes sean sus responsables, y cuya exigencia



alcanza también a toda autoridad, hay que considerar que el bienestar de un niño, tiene directa relación con su ambiente familiar en que lleva a cabo su existencia, el que irá marcando su personalidad y sus rasgos más característicos. Al ordenamiento jurídico sólo le cabe establecer reglas que fomenten y protejan su esfera de existencia, es decir, donde el niño desarrolla su vida.

Desde la perspectiva constitucional sólo se admite reseñar que el Estado debe contribuir a crear las condiciones para que el niño alcance su mayor realización espiritual y material posible, y en ese contexto no se divisa que los preceptos legales objetados vulneren el interés superior del niño;

ALEGATOS DE LA CAUSA E INFORMES EN DERECHO

1. El 5 de marzo de 2020 se verificó la vista de la causa. El alegato de la parte requirente estuvo a cargo de la abogada Claudia Sarmiento Ramírez, y el del Servicio de Registro Civil e Identificación, de la abogada Marisol Turres Figueroa. El acuerdo fue adoptado el 2 de abril de 2020.
2. Uno de los Informes en Derecho entregado por las requirentes fue el de la ONG Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH). En ese documento, además de adherir a la impugnación de los preceptos cuestionados por las requirentes, cuestionan su inconstitucionalidad por vulnerar los tratados internacionales sobre Derechos Humanos vigentes y ratificados por nuestro país, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Hombre, el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos y el Pacto sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.
3. La ONG Comunidad y Justicia, corporación que promueve y protege los Derechos Humanos, procurando respeto a la legislación y a sus principios inspiradores, acompañó un segundo Informe en Derecho en el que sostiene que el libelo carece de fundamento jurídico y debe ser rechazado. Los argumentos principales fueron: a) no se afecta el principio de protección a la familia por cuanto en Chile la familia como núcleo fundamental de la sociedad está basada en el matrimonio, que existe únicamente entre hombre y mujer; b) no existe discriminación en razón de orientación sexual puesto que la diferencia de géneros obedece a un requisito de existencia de matrimonio; c) no se afecta la dignidad del menor involucrado, toda vez que esta es un atributo intrínseco de todas las personas, ni su derecho a identidad, que dice relación con el conocimiento de sus orígenes biológicos y d) en Chile no existe filiación homoparental.
4. El 4 de marzo de 2020, Patricia Muñoz García, Defensora de la Niñez, hizo una presentación en calidad de amicus curia. En lo esencial, sostuvo que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional debería considerar el interés superior del menor, para lo cual destacó: el Estado de Chile ha ratificado distintos tratados internacionales de Derechos Humanos, incluida la convención americana sobre DDHH y la Convención sobre Derechos del Niño, cuyo contenido forma parte del ordenamiento jurídico, según lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2°, de la Constitución. Por ello, de no reconocerse un vínculo familiar respecto del hijo en común de las requirentes, quedarían afectadas diversas garantías fundamentales, como protección de honra y dignidad, protección de la familia, no discriminación, y derecho a preservación de identidad, entre otros.



DISIDENCIA

1. La acción de inaplicabilidad presentada por una pareja del mismo sexo que contrajo matrimonio en España se enmarca en un caso de “Derecho Internacional Privado” que regula la competencia y jurisdicción derivada de relaciones jurídicas válidas originadas en distintos derechos soberanos, respecto de extranjeros o nacionales sometidos a dichas legislaciones. En este tipo de conflictos, normalmente la aplicación de los mandatos normativos se rige por la ley del lugar de la celebración del acto jurídico (en este caso, España). El problema para que ello ocurra radica en que en Chile existe un impedimento establecido en el artículo 80 de la Ley N° 19.947.
2. Por lo mismo, este caso preciso no debe analizarse en el contexto de las reglas nacionales para contraer matrimonio igualitario dentro de nuestro país, donde no aplica el artículo 102 del Código Civil que lo define. Sin embargo, al tratarse de una discriminación operan como parámetro de control las normas constitucionales en el cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos auxilia con argumentos.
3. El caso concreto manda. Aquí hay un matrimonio celebrado en el extranjero, existe una familia y se requiere un amparo sobre efectos precisos en una relación que supera la de las dos contratantes al involucrar al hijo de ambas. Esto es un caso concreto en cualquier lugar del mundo.
4. En consecuencia, en este caso, no podemos pronunciar ni adelantar juicios abstractos sobre el proyecto de ley que está en el Congreso Nacional y que avanza según el mérito impuesto por los parlamentarios. Lo que sí sabemos: aquí hay un matrimonio celebrado en el extranjero, existe una familia y se requiere un amparo sobre efectos precisos en una relación que supera la de las dos contratantes al involucrar al hijo de ambas.
5. *Criterios interpretativos para acoger el caso.*
 - a) Hay desarmonía entre los dos preceptos legales reprochados por las requirentes, la que conduce a un efecto derogatorio por razones constitucionales del artículo 80 de la Ley N° 19.947. Y esto se infiere de lo siguiente: el legislador en 2004 a través de la Ley N° 19.947 dejó sin efecto el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero; once años más tarde, en 2015, el legislador admitió que tiene valor, pero solo limitado a un acuerdo de unión civil bajo la Ley N° 20.830.
 - b) Los Ministros firmantes asumen el sentido evolutivo de la noción de familia, de la idea de matrimonio y del mismo lenguaje, según lo acredita el propio Diccionario de la RAE. Todos tienen un concepto abierto que no se estrecha con una ligazón determinada a un modelo específico de familia, ni de matrimonio ni de definiciones históricas.
 - c) El orden público nacional es el establecimiento de una razón o interés público de intervención legítima sobre la matriz del Derecho extranjero. En este caso, esa defensa supone que se pueden imponer restricciones que vulneren la autonomía privada de las personas que celebraron válidamente matrimonios en el extranjero. En el marco del Derecho Internacional Privado se admiten como reglas de orden público, además del consentimiento, que estas modalidades de matrimonio supongan una relación afectiva mutua entre dos personas; en el marco de un



proyecto común; con un mínimo de edad para contraer el vínculo; sometida a un registro solemne y excluyente de otras personas. Todas estas condiciones se dan en este caso, por lo que no es válido restringir sus efectos.

- d) La historia de la Ley N° 19.947 acredita una discriminación inconstitucional debido al sexo de las contrayentes. Eso generó un bloqueo del artículo 80 de la Ley 19.947, a los efectos de matrimonios entre personas del mismo sexo que han celebrado válidamente su matrimonio en el extranjero. El precepto impugnado constituye una doble excepción: en primer lugar, a la regla general de territorialidad de la ley, puesto que, en cuanto a un requisito de fondo, el matrimonio celebrado en el extranjero queda sujeto a la ley chilena; y en segundo lugar, a los efectos jurídicos producidos por un matrimonio celebrado en contravención a las prohibiciones previstas en los artículos 5º, 6º y 7º de esa ley, o que se haya celebrado sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes, ya que, a diferencia de estos casos, al matrimonio celebrado en el extranjero se le priva de todo efecto jurídico si los contrayentes son de un mismo sexo. Esta doble excepción es discriminatoria: solo atiende a la orientación sexual de los contrayentes; y la institución del matrimonio, como ya se indicó, no justifica dicha diferencia de trato. El no reconocimiento de las relaciones afectivas entre personas de un mismo sexo genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección. La definición del legislador de 2004 implica la introducción de un juicio cultural adverso sobre grupos minoritarios históricamente vulnerables, como es el caso de las lesbianas, lo que significa desconocer que el derecho a contraer matrimonio igualitario en un país que lo reconozca se ejerce sin daño a terceros.
- e) Sostenemos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los tribunales internacionales reconocen la discriminación en las restricciones a los matrimonios entre personas del mismo sexo y definen la deferencia al legislador para su incorporación en sus respectivos ordenamientos. Las sentencias de diversas cortes nacionales e internacionales no validan una discriminación de esta naturaleza en el contexto evolutivo en el que todas se encuentran durante el siglo XXI.
- f) Finalmente, la Ley N° 20.830 reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pero desconoce sus efectos.
6. Lo relevante es que el artículo 80 configuraba una función de bloqueo. Muy interesante resulta el efecto analizado once años después. Cuando se estudiaba lo que devino en la Ley N° 20.830, un asesor jurídico del Ministerio encargado de llevar adelante la ley sostuvo que “para que un matrimonio igualitario celebrado en el extranjero no pueda inscribirse como un acuerdo de vida en pareja en Chile, debiera fundarse en una regla que expresamente impidiera tal figura”. Sin embargo, refutando esta apreciación el Senador Larraín replicó que “por aplicación del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, tal posibilidad está bloqueada” (Historia de la Ley 20.830, pp. 425-426).
7. De acuerdo a la historia del establecimiento del artículo 12 de la Ley N° 20.830, con él se persiguió evitar que se burlara la ley chilena, esto es, que los matrimonios entre parejas del mismo sexo celebrados en el extranjero tuvieran reconocimiento en Chile en circunstancias que el ordenamiento interno todavía no legaliza el matrimonio entre personas de un mismo sexo. En un principio, el precepto legal, introducido en segundo trámite constitucional por la Cámara de Diputados, establecía que el matrimonio entre



parejas de un mismo sexo celebrado en el extranjero sería reconocido en Chile, pero produciría los efectos del acuerdo de unión civil. Esta propuesta fue rechazada por el Senado en tercer trámite constitucional y la Comisión Mixta propuso la redacción actual del precepto legal.

8. El nivel de protección del acuerdo de unión civil es inferior al del matrimonio. Los derechos y deberes que nacen por la celebración de un acuerdo de unión civil no son todos los que genera el matrimonio, deviniendo en una menor protección frente a contingencias sociales. Así, por ejemplo, en materia previsional, los requisitos de elegibilidad para acceder a una pensión de sobrevivencia son más exigentes y, en caso de término del acuerdo de unión civil por las causales señaladas en la ley, no podrá optarse por la modalidad de compensación económica relativa al traspaso de recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual. Asimismo, frente a accidentes del trabajo o enfermedades profesionales que resulten en el fallecimiento del asegurado, el conviviente civil sobreviviente no tiene derecho a pensión de sobrevivencia.

Pero la más relevante de todas es aquella que define el caso como una relación de familia. Tienen un hijo en común y nada dice sobre eso, generando un tipo de vínculo en donde la mujer que parió a su hijo es la madre y la otra contrayente, para efectos del derecho nacional, vendría siendo una suerte de su “mejor amiga”, “tía cercana”, y un largo etcétera, sin que tenga en definitiva ningún vínculo jurídico con él.

9. Este efecto principal genera una infracción a la igualdad ante la ley, en relación con el derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la privacidad.

En el caso concreto, las requirentes -una de nacionalidad española y la otra chilena- se casaron en España, de manera libre y voluntaria. Al llegar a Chile, por aplicación de los preceptos legales, el Estado les negó el reconocimiento del ejercicio de esa libertad, por razón de su orientación sexual. Esta diferencia de trato se fundaría en que el matrimonio tiene como finalidad la procreación, o bien, en que en él tiene lugar preferente la crianza de los hijos. Sin embargo, este planteamiento se debilita frente a la realidad actual, en la cual la mayoría de los niños nace fuera del matrimonio. Así, según datos del Registro Civil, en el año 2016, el 73% de los niños nació fuera del matrimonio y, en el año 2018, lo hizo el 75%. En tal sentido, el trato diferente deviene en arbitrario, al no existir una razón suficiente que lo justifique. Asimismo, el no reconocimiento del matrimonio celebrado válidamente en España implica una denegación de la autonomía de la voluntad de las requirentes, quienes adoptaron una decisión en el ejercicio de su libertad, que importa una negación a su sexualidad, así como a las relaciones de familia que libremente decidieron darse, menoscabándose, con ello, su autonomía como agencia moral, lo que conlleva una vulneración al derecho a la integridad física y psíquica.

En el marco de su autonomía personal les corresponde el reconocimiento de la agencia moral de ellas, en cuanto personas libres e iguales en dignidad y derechos. Dicha agencia moral es uno de los fundamentos del principio de dignidad. Esta idea de autonomía presupone que los individuos son entes capaces de tomar sus propias decisiones para desarrollar un plan de vida. Los derechos fundamentales son parte de los presupuestos de dicha autonomía, es decir, a través del ejercicio legítimo de tales derechos, los individuos pueden desarrollarse en una comunidad.



Las requirentes no pueden materializar en la vida jurídica las decisiones que han adoptado para la consecución de su plan de vida, por aplicación de los preceptos legales objetados.

10. En consecuencia, este voto hará una interpretación conforme a la Constitución. El artículo 80, en la parte impugnada, de la Ley N° 19.947 priva de todo efecto al matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo y en esa parte acogeremos el requerimiento íntegramente. Por su parte, el inciso segundo del artículo 12 de la Ley N° 20.830 viene a reparar la situación de absoluta desprotección en que quedaban las personas del mismo sexo que contrajeron válidamente matrimonio en el extranjero, atribuyéndole al matrimonio los efectos del Acuerdo de Unión Civil y considerándolo como tal, por ello, estamos por acoger y declarar inaplicable la expresión del inciso final del artículo 12 que indica: “como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo.”.

PREVENCIÓN DE LOS MINISTROS SEÑORES IVÁN ARÓSTICA Y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ

1. No hay tal cosa como una especie de consenso global, en orden a que el matrimonio ha perdido su carácter de asociación entre un hombre y una mujer o que, necesariamente, ha de ser deconstruido para hacer cabida en él a parejas del mismo sexo.
2. El requerimiento carece de razón suficiente para ser atendido, a partir de las bases ideológicas en que fue planteado.

En primer término, porque no existe fundamento alguno que lleve a declarar inconforme con la Carta Fundamental la concepción del matrimonio recogida en la Ley N° 19.974 y en el Código Civil, que reconoce precedentes tan antiguos como Las Siete Partidas (Partida cuarta, Título II, Ley I), por no mencionar el Digesto (título De ritu nuptiarum, 23, 2, 1) y las Instituciones (1, 9, 1).

Y en segundo lugar, porque tampoco podría estimarse cometiendo un ilícito constitucional la Ley N° 20.830, al instituir los acuerdos de unión civil sin hacer diferencias de nacionalidad, tanto para las parejas del mismo sexo que viven en el país como para aquellas que proceden del extranjero.

3. Que, menester es tener en consideración, además, el Mensaje presidencial de 8 de agosto de 2011, con que se dio inicio a la tramitación de la Ley N° 20.830, donde se hace expresa defensa al “Carácter heterosexual del matrimonio”.
4. Por ende, el Tribunal Constitucional no divisa fundamento jurídico alguno que lo lleve a secundar una supuesta evolución habida en la materia, declarando que sería inconstitucional reservar el matrimonio para la asociación entre un hombre y una mujer, y estatuir -paralelamente- la unión civil para parejas del mismo sexo.

Solamente una aplicación muy voluntariosa de la Constitución, cuando prohíbe al legislador establecer “diferencias arbitrarias” (artículo 19, N° 2, inciso segundo), podría mover a esta Judicatura a cuestionar dichos textos legales, sin más argumento que les resultarían odiosos u opuestos a sus propias valoraciones ideológicas o convicciones personales.



5. Sin abandonar indebidamente la Carta Fundamental, que compele a este Tribunal -en todo caso- a fallar “de acuerdo a derecho” (artículo 92, inciso quinto), el cuestionamiento a tales leyes en función de su arbitrariedad, podría tener lugar solo si estas carecen de justificación racional. Cuyo no es el caso, desde que las leyes N°s. 19.947 y 20.830 han consagrado regulaciones distintas para realidades diferentes, dentro de los márgenes razonables que permite la situación (STC roles N°s 53, 755, 790, 797, 1535 y 2330, entre muchas).

Así como, por lo demás, la institución legal de la unión entre personas del mismo sexo no resulta de suyo lesiva para el matrimonio, tampoco puede aducirse que la concepción del matrimonio entre un hombre y una mujer pueda resultar ofensivo o perjudicial para quienes contraen aquella forma de unión civil.

6. Que, igualmente, el Tribunal Constitucional debe abstenerse de realizar esfuerzos activos para propiciar un cambio de legislación.

Esto es así dado que el “matrimonio”, en cuanto a su característica esencial de estar conformado por un hombre y una mujer, no obedece a la capacidad legislativa de abstracción para crear conceptos, *ex nihilo*, que permiten distinguir relaciones de semejanza o desigualdad entre las personas identificadas por ellos. Hay abundantes elementos de juicio, en cambio, tanto en el génesis como en el texto de la Constitución, para sostener que el “matrimonio”, aparte de estar incluido dentro del concepto mayor de “familia”, que es el “núcleo fundamental de la sociedad” en los términos del artículo 1°, inciso segundo, constitucional, asimismo queda comprendido dentro de aquellos “grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”, a que hace referencia enseguida el inciso tercero del propio artículo 1°, para imponerle al Estado el deber de reconocerlos, ampararlos y garantizarles su adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

Siendo este un acto de mero reconocimiento constitucional, ello fuerza a aceptar que - en el caso de las comunidades necesarias como la familia y el matrimonio- su identidad consustancial viene predeterminada y que no es de competencia del Estado variar, sin perjuicio de las adecuaciones legislativas de que pueda ser objeto en sus aspectos accidentales, cuando sea menester y a fin de amparar el matrimonio y asegurarle su debida autonomía;

7. Que, despejado lo anterior, a continuación, cabe pronunciarse sobre el alegato consistente en que, las leyes impugnadas, les impedirían a las requirentes formar una familia, a los efectos de acceder a la protección que la legislación pertinente ofrece a esta comunidad de personas, unidas por el parentesco o el matrimonio, según su definición habitual. O como reconoce el legislador: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”, al tenor del artículo 1° de la citada Ley N° 19.947.

Cuestionamiento que, asimismo, debe ser descartado, habida consideración a que, si bien el inciso segundo del artículo 1° de la Constitución señala que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, con el objetivo de otorgarle una atención preeminente, ello no releva al Estado de su obligación más general de “dar protección a la población”, por mandato del inciso quinto del citado precepto constitucional. Mandato, éste, que ha de



ser satisfecho con particular consideración tratándose de personas desvalidas o grupos vulnerables;

8. Que, sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que la Ley N° 20.609, que “Establece medidas contra la discriminación”, es decir, contra cualquier acto que carezca de justificación razonable y que haga distinciones en razón de orientación sexual, permite justamente a las personas afectadas interponer la acción procesal allí establecida, a fin de restablecer el imperio del Derecho en cada caso de agravio.

No se observa a priori, por ende, alguna situación de amenaza inexorable e inminente, derivada de la aplicación de los preceptos legales cuestionados, que mueva a declararlas contrarias a la Constitución;

9. Que, tocante ahora a la dignidad del menor involucrado, esto es, de aquella calidad que impide que las personas sean tratadas como objetos o medios en aras a la consecución de un fin estatal, lo cierto es que el trato de hijo que éste recibe de las requirentes, así como la atención con esmero y amor que le brindan, no se divisa amagada por la legislación chilena; menos cuando el artículo 33 del Código Civil declara iguales a todos los hijos.

Tampoco se divisa menoscabado el derecho a la identidad personal, consistente en tener un nombre y apellidos que le sirvan de identificación civil dentro de la sociedad, acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18), la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 7 N°s. 1 y 2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2). De manera que, por este concepto, no puede darse por infringido el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN

1. El supuesto subyacente a la argumentación central desplegada en el requerimiento es que el régimen regulatorio matrimonial (incluyendo el uso de la voz “matrimonio”) es la única opción constitucionalmente tolerable para parejas del mismo sexo. Se alega la existencia de una omisión legislativa incompatible con un derecho del que se sería titular y cuyo ejercicio autoriza a exigir una conducta positiva de los órganos del Estado.
2. Si se llegara a la conclusión de que la institución del matrimonio no puede estar reservada a la unión entre un hombre y una mujer, sin infringir el derecho constitucional a la igualdad ante la ley (la principal de las infracciones alegadas), estaríamos ante la pretensión de considerar que el denominado matrimonio “homosexual” o “igualitario” es un derecho fundamental (supralegal). Tal como se explicará más adelante, dicho alegato carece de asidero.
3. Lo recién señalado tiene importancia desde la perspectiva del legítimo ejercicio de las competencias jurídicas (internamente, en cuanto a la idoneidad de la acción de inaplicabilidad para resolver la interrogante y, externamente, respecto del margen de apreciación nacional sobre la materia). Sostenemos que éste es un asunto que corresponde ser resuelto por los órganos constitucionalmente competentes de Chile. Y, desde la perspectiva interna, que debe ser definida, primeramente, a nivel legislativo y, en cuanto a su control por la judicatura constitucional, nunca por la vía de un control concreto ex post -característica esta última que define al mecanismo de inaplicabilidad.



De hecho, considerando tan sólo la apreciación final, el requerimiento debiera rechazarse por improcedente.

4. En su argumentación, la parte requirente busca apoyo en lo dispuesto en el artículo 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, disposición referida a la importancia que para la sociedad tiene la familia. Con el fin de sustentar la aspiración de personas del mismo sexo, la actora razona partiendo de la base de un concepto amplio de familia, para lo cual recurre a la legislación chilena y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el requerimiento se señala que “[t]ambién es demostrativo de la consagración constitucional de un concepto amplio de familia la creación del Acuerdo de Unión Civil en nuestro país” (fojas 11). Para tal efecto, se busca apoyo en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que expresa que en la Convención Americana de Derechos Humanos: [...] no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional de la misma. Al respecto, [la Corte IDH] reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. FRC. 2012, párr. 142).

Intentando conciliar la diversidad de formas que admitiría una familia con la aspiración por un reconocimiento de su unión como matrimonio y no como acuerdo de unión civil, señalan que el Estado tiene la obligación positiva de “crear un régimen jurídico que ofrezca a los distintos tipos de familia las mismas posibilidades de protección y regulación de sus relaciones, derecho y obligaciones” (fojas 13). En otras palabras, se plantea, contradictoriamente, que pueden haber varias formas de unión, pero todas deben ser iguales en cuanto a su regulación.

Esta equivalencia de condiciones regulatorias no encuentra respaldo. Incluso si se atendiera a la pauta (no vinculante, por cierto) que sobre la materia ha dado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, la postura de la parte requirente no resulta validada, toda vez que se reconoce que pueden existir diferentes grados de protección: “[...] Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, ‘nuclear’ y ‘extendida’, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”. En considerandos de más adelante, donde se citan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respectivamente, es posible apreciar lo mismo.

5. Una revisión atenta del desarrollo normativo y jurisprudencial a nivel nacional y supranacional permite aseverar que no hay antecedentes suficientes que respalden la pretensión de considerar que existe un derecho humano (de reconocimiento global) al matrimonio entre personas de un mismo sexo. Por de pronto, no existe disposición contenida en algún tratado internacional ratificado por Chile que permita arribar a la conclusión pretendida por la parte requirente. Y, en cualquier caso, las normas



convencionales no tienen, en sí mismo, rango constitucional (parámetro esencial de control), tal como lo ha afirmado reiteradamente esta Magistratura.

PREVENCIÓN DEL MINISTRO SEÑOR MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

1. Este requerimiento no puede prosperar, porque al no haberse solicitado también la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil -que contiene la misma exigencia prevista en el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil- deja desprovista de eficacia a la acción intentada en estos autos, aun cuando fuera acogida, desde que la condición exigida por esas normas consiste en un requisito de existencia del matrimonio que no se puede omitir por tratarse de una norma de orden público, como lo había resuelto la Corte Suprema, incluso antes de entrar en vigencia el referido artículo 80, “(...) por la vía de la aplicación de la excepción de orden público, sosteniendo que un matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser reconocido en Chile, cualquiera sea el valor que se le atribuya en el país que se contrajo” (Diego Oliva Espinoza: “Análisis Comparativo entre el Matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil en Derecho Internacional Privado”, Revista de Estudios Ius Novum N° 9, 2016, p. 44).
2. Igualmente, si se declarara la inaplicabilidad del inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, las requirentes quedarían en una situación de menoscabo, en cuanto el matrimonio que han celebrado en el extranjero ni siquiera podría inscribirse en Chile como Acuerdo de Unión Civil, volviendo a la situación de total desconocimiento anterior a dicha ley, dado que tanto el artículo 102 del Código Civil como el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil se encuentran vigentes y tienen plena aplicación.
3. Los preceptos legales impugnados no resultan, en su aplicación, contrarios a la Constitución, ya que no configuran una diferencia arbitraria al reconocer dos estatutos jurídicos distintos -el matrimonio y el Acuerdo de Unión Civil- y al disponerse (artículo 12) que el matrimonio celebrado por las requirentes en España debe inscribirse en Chile como uno de dichos acuerdos, reafirmando que la diferencia de sexo entre los contrayentes es requisito de existencia del matrimonio.
4. Entre las razones que pueden invocarse para justificar el tratamiento jurídico distinto a la unión de un hombre y una mujer en el caso del matrimonio, respecto de la que se pacta entre dos personas del mismo sexo, cabe considerar aquélla que estima que es de la esencia de la institución matrimonial que se encuentre abierta a la procreación, ya que “[l]a unión orgánica entre los cuerpos de un hombre y una mujer es la característica que especifica una clase de pareja que, junto a otras características, responde a la definición del artículo 102 del Código Civil. El coito es una característica que especifica a las parejas heterosexuales de las parejas homosexuales. La cuestión es si esta característica justifica un estatuto jurídico propio y excluyente de las parejas homosexuales (y de cualquier otra clase de unión).

El coito es el primer paso del proceso procreativo; nuevos seres humanos comienzan a existir como resultado de este acto. Y con la existencia de un nuevo ser, se crean nuevas relaciones interpersonales (entre los padres y el hijo) y se modifican otras (de los padres



entre sí). Estas nuevas situaciones no son irrelevantes desde la perspectiva del orden social. Las obligaciones morales que nacen a partir de la existencia de un nuevo ser humano, tienen una dimensión social relevante y, por eso, exigen un reconocimiento legal. La regulación legal de esta dinámica y su estructura es lo que tradicionalmente se ha llamado matrimonio. Puesto que la unión corporal que puede dar origen a un nuevo ser humano es exclusivamente entre un hombre y una mujer, la exclusión de las parejas homosexuales del marco regulatorio no es arbitraria. Esto es lo mismo que afirmar la conveniencia de un estatuto jurídico propio y específico para las parejas heterosexuales. Por el mismo motivo, se justifica un estatuto jurídico distinto para cada una de las dos clases de pareja” (Luis Alejandro Silva: “La Constitucionalidad del Artículo 102 del Código Civil ante el Tribunal Constitucional. Comentario Crítico del Requerimiento de Inaplicabilidad Fallado en la Sentencia Rol N° 1.881, de 3 de Noviembre de 2011”, *Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, 2012, p. 480), tal y como se sostuvo en los votos particulares de los Ministros Bertelsen (pto. 6), Peña (pto. 3) y Venegas, Navarro y Aróstica (pto. 9), en dicha sentencia.

5. Siendo así, “[e]l matrimonio es una institución natural basada en la necesidad de la perpetuación de la especie humana que la racionalidad del hombre ha elevado a un rango especial y ha estabilizado a través de las costumbres y de las leyes” (Hugo Hanisch E.: “Historia de la Doctrina y Legislación del Matrimonio”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 7, 1980, p. 481). Esa alianza, abierta a la procreación y que se funda, más allá, en la unión integral y complementaria entre un hombre y una mujer, en lo jurídico, se manifiesta en un conjunto de derechos y deberes recíprocos que surgen de ese vínculo libremente pactado.
6. Por eso, la definición del matrimonio no queda a completa merced del legislador, pues, aunque no se encuentra explicitado en la Constitución, tiene indudable base en la Carta Fundamental, ya que “(...) de la historia fidedigna del establecimiento de su texto queda claro que cuando se establece el precepto de que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y que el Estado debe protegerla y propender a su fortalecimiento (art. 1°) se está suponiendo implícitamente su organización jurídica a través del matrimonio (la discusión en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sobre si debía o no contemplarse la indisolubilidad del vínculo o dejar libertad al legislador para establecer el divorcio, lo pone de manifiesto). Por eso, no extraña que la ley de matrimonio civil de 2004 haya querido explicitar lo que estaba subyacente en el texto constitucional declarando que el matrimonio es la base principal de la familia (art. 1°) y que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial de la persona humana (art. 2°)”. (Hernán Corral Talciani: “A Propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Matrimonio: ¿Sería Constitucional un Proyecto de Ley que Extienda el Matrimonio a las Uniones Homosexuales?”, *Diario Constitucional*, 28 de diciembre de 2011).
7. Eliminar la diferencia de sexo como requisito de existencia del matrimonio, es suprimir la institución misma, lo que queda fuera del alcance de la potestad legislativa y, aun, constitucional, salvo que se sostenga que todas las instituciones pueden ser deconstruidas y replanteadas en su significado y contenido por lo que decida quien circunstancialmente dicta las normas jurídicas.