2020

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Sentencia

Rol 7774-2019

[4 de junio de 2020]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 12, INCISO FINAL, DE LA LEY N° 20.830 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.

CECILIA VERA PÉREZ GACITÚA Y CRISTINA IBARS MAYOR
EN AUTOS CARATULADOS "VERA CON SERVICIO DE REGISTRO CIVIL", SEGUIDOS ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, POR RECURSO DE PROTECCIÓN, BAJO ROL N° 168.844-2019

VISTOS:

Con fecha 13 de noviembre de 2019, doña Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y doña Cristina Ibars Mayor han presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso final del artículo 12 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 inciso primero del artículo 80 de la Ley N° 19.947, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, acción constitucional que incide en el recurso de protección caratulados "Vera con Servicio de Registro Civil e Identificación", que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 168.844-2019.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto impugnado dispone:

"Ley Nº 20.830, que Crea el Acuerdo de Unión Civil

(…)

Artículo 12.- Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

(…)

Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo.".

(…)

"Ley Nº 19.947, que Establece una Nueva ley de Matrimonio Civil

(…)

Artículo 80.- Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer."

(…)

Síntesis de la gestión pendiente

Las requirentes señalan haberse conocido el año 2005 virtualmente, e iniciado tras ello una relación afectiva, en la cual convivieron tanto en Europa como en Santiago de Chile, al ser una de ellas, doña Cristina, ciudadana española.

Afirman haber contraído matrimonio en España, el 24 de marzo de 2012 y posteriormente someterse a un tratamiento para iniciar un proceso de maternidad a cargo de doña Cristina Ibars Mayor.

Resultando efectivo dicho tratamiento, y una vez avanzado el embarazo, concurrieron a inscribir su matrimonio a las oficinas del Servicio de Registro Civil e Identificación, cuestión que no ocurrió toda vez que el vínculo matrimonial que las une fue inscrito como un Acuerdo de Unión Civil en un acto que, sostienen, deja al hijo que esperan desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y que no les permitirá tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia.

Al tanto de lo acaecido, desde el 27 de octubre de 2019, tras haber solicitado un certificado de matrimonio, presentaron 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.

Dicho recurso se acogió a trámite, con informe evacuado por el Registro Civil, encontrándose suspendida su tramitación por orden de esta Magistratura.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Como consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas, refieren 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 del todo atentatorio con lo dispuesto por los artículos 1º y 19 N° 4, ambos de la Constitución Política de la República de Chile.

En segundo lugar, sostienen que ello les discrimina arbitrariamente por su orientación sexual, categoría para distinguir que se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico conforme con lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Adicionalmente, en la especie se vulnera el derecho a la identidad de su hijo en común, y con ello la protección de la dignidad de toda persona (artículo 1º de la Constitución), puesto que se le priva del derecho de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres.

Por último, señalan que se vulnera el mandato de protección del interés superior del niño, reconocido en tratados internacionales e ingresado a nuestro ordenamiento jurídico por aplicación del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, puesto que a su hijo se le impide ser hijo matrimonial y se le imposibilita contar con el reconocimiento legal de la filiación de una de sus madres.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 19 de noviembre de 2019, a fojas 74. Posteriormente, fue declarado admisible el día 17 de diciembre del mismo año, resolución que rola a fojas 91.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fueron evacuados traslados según sigue:

A fojas 109, la ONG de Desarrollo Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, MOVILH, acompaña informe en derecho *amiccus curiae* en abono de las pretensiones de la requirente. En el mismo refiere, en síntesis, que los preceptos cuestionados son inconstitucionales porque vulneran los artículos 19 N°s 1, 2 y 4, en relación con los artículos 1° y 5°, inciso segundo, de la Constitución, como asimismo 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.

Asimismo, a fojas 151, la ONG Comunidad y Justicia, corporación sin fines de lucro que tiene por finalidad la promoción y protección de los DDHH, procurando respeto a la legislación y a sus principios inspiradores, igualmente acompaña informe en derecho *amiccus curiae*.

En el mismo sostiene que el libelo de fojas 1 carece de fundamento jurídico y debe ser rechazado. Para ello aduce que:

i. El cuestionamiento resulta eminentemente abstracto, desvinculado del carácter concreto propio de un requerimiento de inaplicabilidad.

ii. En la especie no se afecta el principio de protección a la familia, en cuanto en Chile la familia como núcleo fundamental de la sociedad está basada en el matrimonio, que existe únicamente entre hombre y mujer.

iii. No existe discriminación en razón de orientación sexual puesto que la diferencia de géneros obedece a un requisito de existencia de matrimonio.

iv. 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.

v. En cualquier caso, la falta de reconocimiento de filiación respecto a una de las requirentes, no será revertida ante una sentencia estimatoria, toda vez que en Chile no existe filiación homoparental.

Con fecha 4 de marzo del presente año, Patricia Muñoz García, Defensora de la Niñez, ha efectuado presentación, en calidad de *amicus curia*, en autos. Sostiene en lo esencial que: el Estado de Chile ha ratificado distintos tratados internacionales de Derechos Humanos, incluida la convención americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre Derechos del Niño, cuyo contenido forma parte del ordenamiento jurídico, según lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, encontrándose afectadas en la especie, diversas garantías fundamentales, como protección de honra y dignidad, protección de la familia, no discriminación, y derecho a preservación de identidad, entre otros, en razón de no reconocerse un

vínculo familiar respecto del hijo en común de las requirentes. Por lo que viene en solicitar sea considerado el interés superior del menor al emitir pronunciamiento.

El Servicio de Registro Civil e Investigación evacuó traslado en sede de admisibilidad, no así en cuanto al fondo del recurso de inaplicabilidad.

Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 5 de marzo de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos de la parte requirente, de la abogada Claudia Sarmiento Ramírez, y del Servicio de Registro Civil e Identificación, de la abogada Marisol Turres Figueroa. Fue adoptado acuerdo el 2 de abril de 2020, conforme certificó el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO

LA IMPUGNACIÓN

PRIMERO: Que, las señoras Cecilia Vera Pérez-Gacitúa y Cristina Ibars Mayor, representadas por la abogada, Claudia Sarmiento Ramírez solicitan a esta Magistratura declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830 y del inciso primero del artículo 80 de la Ley N ° 19.947 en aquella parte que dice "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer", por entender que su aplicación resultaría contraria a los artículos 1°, 5° inciso segundo, y 19 N ° s 1, 2 y 4 constitucionales, según el orden reseñado en el libelo que contiene la acción deducida;

SEGUNDO: Que, la impugnación de las normas jurídicas señaladas tiene incidencia en la gestión judicial pendiente, que consiste en un recurso de protección interpuesto 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 por el hecho de negarse a inscribir el matrimonio de las requirentes, acto jurídico celebrado en España, como tal y en su lugar proceder a registrarlo en el libro de contratos de Acuerdo de Unión Civil, acción que constituye, a juicio de las requirentes, una privación, perturbación y amenaza de las garantías constitucionales que especifican en la referida acción cautelar.

El recurso de protección fue interpuesto el 30 de Octubre de 2019, según las requirentes, mientras que el certificado acompañado a fojas 28, señala que el recurso se presenta "el 30 de mayo último" y luego indica que el 6 de Noviembre del mismo año, fue declarado admisible por la sala de cuenta del Tribunal de Alzada, según agrega el certificado expedido por la señora Secretaria de ese órgano jurisdiccional, fechado el 12 de Noviembre de 2019;

EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD DENUNCIADO ANTE ESTA MAGISTRATURA

TERCERO: Que, las requirentes sostienen que, por haber contraído matrimonio en España, les es inaplicable el artículo 12 de la Ley N ° 20.830 que instaura en el ordenamiento jurídico chileno, el Acuerdo de Unión Civil, disposición legal que establece que los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile conforme a esta institución, siempre que cumplan con las reglas establecidas en este cuerpo legal, y sus efectos serán los mismos del acuerdo.

Agregan que, también les genera consecuencias inconstitucionales, la aplicación en la gestión pendiente del inciso primero del artículo 80 de la Ley N ° 19.947, que establece una nueva ley de Matrimonio Civil, en aquella frase que expresa "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer";

CUARTO: Que, se afirma en el libelo que contiene la acción de inaplicabilidad, que las citadas disposiciones legales resultan, en el caso considerado, contrarias a la Carta Fundamental por cuatro razones:

En primer lugar, tales preceptos legales al prohibir el reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo se oponen a la Constitución en sus bases fundamentales que otorgan a la familia el carácter de núcleo esencial de la sociedad, vulnerando la obligación del Estado de respetarla y darle protección, mandato contenido en los artículos 1 y 19 N°4 constitucionales.

Así, el efecto contrario a la ley suprema se configuraría en cuanto la falta de reconocimiento de esta clase de vínculos matrimoniales discrimina entre tipos de familia, contraviniendo la debida consideración que esta clase de familia se merece. Siendo, además, que se les desprotege atendido que se les priva del estado civil que ellas libremente eligieron para regular los derechos y obligaciones que emana del matrimonio;

QUINTO: Que, en segundo término, dichas normas jurídicas en su aplicación, les resultan discriminatorias, atendido que les crea una realidad desmedrada, cuya única causa es su orientación sexual, constituyéndose una desigualdad ante la ley que la Carta Fundamental no permite, al preceptuar que "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias" (art 19 N°2 CPR). Agregan que, hay un riesgo cierto que la gestión judicial pendiente se vea frustrada atendido que las normas jurídicas censuradas sean aplicadas, como lo hizo la entidad administrativa contra la cual se acciona;

SEXTO: Que, en tercer lugar, atendido el estado de gestación de una criatura en que se encuentra una de las requirentes, que al momento de la vista de la causa en esta sede constitucional el niño había nacido, aducen que, al impedírseles el reconocimiento de su matrimonio en Chile, se verá afectado la protección de la

identidad y dignidad del infante, dado que se le priva el considerarse hijo de un matrimonio de dos madres. Esta situación conllevaría a incumplir lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución que asigna -expresan las requirentes- la dignidad de la persona como un elemento de justificación del orden político y coercitivo. Agregan que, la identidad forma parte de los derechos de los niños, que a su vez constituye una obligación del Estado, conforme lo prescribe el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño;

SÉPTIMO: Que, finalmente, explican que las disposiciones legales impugnadas vulneran el mandato de protección del interés superior del niño, en atención a que excluirían a los hijos e hijas de los matrimonios de igual sexo, de la protección del estatuto de filiación, el cual sólo está consagrado para la descendencia de los matrimonios heterosexuales. Ello quebrantaría el artículo 5°, inciso segundo, constitucional, por el cual se entiende incorporado a la legislación nacional, la Convención reseñada precedentemente, cuyo artículo 3° consagra el principio del interés superior del niño;

OCTAVO: Que, atendido lo expuesto por las requirentes, el conflicto de constitucionalidad que corresponde resolver a esta Magistratura se circunscribe a determinar si las normas jurídicas objetadas, las que sirven de fundamento a la negativa del funcionario del Servicio de Registro Civil e Identificación para registrar el matrimonio celebrado en el extranjero por una pareja del mismo sexo, resultan o no contrarias a la Constitución Política de la República de Chile;

SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 19 N°4 DE LA CARTA FUNDAMENTAL

NOVENO: Que, para dilucidar si los preceptos legales impugnados vulneran, en el caso concreto, las disposiciones constitucionales de los artículos 1 y 19 N°4 por desproteger a la familia matrimonial de parejas de igual sexo, cuando el vínculo se hubiera celebrado en el extranjero, se hace menester analizar la institución de la familia y del matrimonio, desde la perspectiva constitucional;

La Familia

DÉCIMO: Que, la Carta Fundamental en el artículo 1°, 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);

DÉCIMO PRIMERO: Que, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17 expresa "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención". Esta regla es coincidente con el Estatuto Constitucional Chileno en orden a elevar a principio la institución de la familia y su protección, cuya base fundamental es el matrimonio entendido como unión de un varón y una mujer;

DÉCIMO SEGUNDO: Que, 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";

DÉCIMO TERCERO: Que, 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;

El Matrimonio

DÉCIMO CUARTO: Que, aunque el matrimonio no tiene una consagración constitucional, siendo la institución básica de la familia, y más aún, no habiéndose

impugnado el artículo 102 del Código Civil, norma jurídica que define el matrimonio, es menester señalar que las disposiciones legales que se censuran en el requerimiento de estos autos constitucionales están directamente vinculados al referido precepto legal, que a su vez es el origen de toda la institucionalidad que regula el matrimonio y la familia.

Así, la Ley N°19.947 que establece una nueva ley de matrimonio civil, expresa en su artículo 1° que *"La Familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.*

La presente ley regula los requerimientos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos.'

Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil.''.

El artículo 2° del referido cuerpo es del siguiente tenor: *"La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*

El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente.'';

DÉCIMO QUINTO: Que, en consecuencia, el orden público familiar se encuentra estatuido principalmente en los cuerpos legales citados, constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia, aunque después se derive en otros tipos de aquellas, sea por separación de hecho de los cónyuges, estado de viudez, divorcio, nulidad, separación judicial de los cónyuges;

DÉCIMO SEXTO: Que, 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);

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, este criterio ha sido expresado por la Corte Europea de Derechos Humanos que al respecto manifiesta "El Tribunal observa, en primer lugar, que no le corresponde evaluar la validez, de acuerdo con las leyes del Estado contratante, de los matrimonios contraídos por los solicitantes, un asunto que no ha sido determinado por las autoridades nacionales cuya responsabilidad es hacer tales evaluaciones" (Caso de Orlandi y Otros con Italia, sentencia 14/03/18 N°132, Corte Europea de DDHH);

DÉCIMO OCTAVO: Que, todo lo precedentemente señalado se refrenda en el hecho de tramitarse en el Congreso Nacional un proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial N°130-365 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, cuya Cámara de Origen es el Senado de la República, boletín N ° 11422-07;

El Acuerdo de Unión Civil

DÉCIMO NOVENO: Que, la Ley N ° 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil consagra la protección y reconocimiento jurídico de aquellas personas que teniendo un vínculo de carácter afectivo, compartiendo un hogar común, declaran la voluntad de otorgar a tal relación una estabilidad en el tiempo para lo cual deben, libre y consentidamente, celebrar una convención denominada "Acuerdo de Unión Civil" con el objeto asumir los derechos y obligaciones que dicho cuerpo legal establece para esta clase de contratos;

VIGÉSIMO: Que, el Estado de Chile, a través de dicho instrumento, ha querido reconocer y amparar aquellas relaciones estables entre dos personas, sean heterosexuales u homosexuales, a fin de que el ordenamiento jurídico les otorgue determinadas facultades en relación a la contraparte del antedicho contrato, constituyendo una institución jurídica similar al matrimonio, atendido los requisitos de existencia y de validez requerido por el cuerpo legal, para que nazca a la vida del derecho esa convención, creadora de derechos;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, 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;

SOBRE LA EVENTUAL INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 19 N°2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, resulta ineluctable manifestar que esta Magistratura Constitucional se ha referido en innumerables oportunidades al principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N°2 constitucional, y a la prohibición que tiene la autoridad y toda norma jurídica de establecer diferencias arbitrarias. En relación a la igualdad ante la ley, ha referido que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todos quienes se encuentran en la misma situación y, consecuentemente distintas para aquellos que se ubican en circunstancias diversas (STC roles N° s 53, 755, 790, 797, 1535 y 2330).

Por su parte, se está ante una diferencia arbitraria en el orden legislativo, si el precepto respectivo carece de razonabilidad, y la diferencia de trato no tiene justificación de esa naturaleza, en términos que la discriminación que afecta a la persona se torna intolerable constitucionalmente;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, 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;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en todo caso, 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;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, como se expresa *ut supra* 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);

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en lo que respecta al ordenamiento jurídico chileno, esta Magistratura coincide con los Tribunales citados, acogiendo aquello de que la ley no discrimina de modo alguno a las requirentes, al negárseles, por aplicación de los preceptos cuestionados, la inscripción de su matrimonio celebrado en España, en el registro específico y aceptárseles, por el contrario, el registro del mismo como Acuerdo de Unión Civil;

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, precisamente, por la vigencia del artículo 12 de la Ley N°20.830, uno de los preceptos legales objetados, el vínculo matrimonial de las actoras adquiere un reconocimiento y protección jurídica, teniendo aplicación un Estatuto bastante completo, similar al matrimonial, en algunos aspectos con mayores beneficios para las partes, por lo que no se advierte que las requirentes sean discriminadas por la aplicación de las normas jurídicas consideradas, en el caso concreto;

SOBRE LA EVENTUAL VULNERACIÓN DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 5 CONSTITUCIONAL, EN CUANTO SE INFRINGIRÍA LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, tal como se señala en los considerandos referidos a explicar el conflicto de constitucionalidad, la acción de inaplicabilidad deducida reclama dos órdenes de cosas: a) La falta de protección de la identidad del hijo y su dignidad, por no considerarse a las requirentes cónyuges, en Chile y, b) la afectación del principio del interés superior del niño. Cabe señalar que, tanto en el libelo que contiene el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como en la vista de la causa, se relata que una de las requirentes se sometió al proceso de fertilización in vitro con semen de un donante al parecer anónimo, en el mes de mayo de 2019, naciendo un niño, cuyo nombre es Marc, y respecto del cual se reclama la señalada vulneración de derechos, como consecuencia de la aplicación de las normas jurídicas impugnadas;

VIGÉSIMO NOVENO: Que, en cuanto al menor Marc no podrá reivindicar el matrimonio de las requirentes, por falta de reconocimiento en Chile, lo que

implicaría que afectaría su identidad y su dignidad como persona, lo cierto es que el trato de hijo que debe recibir el niño, según lo que emana de la atenta lectura del libelo, desde su gestación ha sido atendido con esmero y cariño, por lo que, no se advierte que dicho infante, vaya a ser lesionado en su dignidad, máxime si en Chile el Código Civil declara iguales a todos los hijos (art. 33).

Respecto a la eventual afectación de la identidad del menor, nuevamente es del caso considerar el sistema filiativo en el orden público familiar, en que se establecen reglas de determinación de la paternidad y la maternidad, cuya consecuencia es que la identidad del niño o niña, está constituida por la de su padre y la de su madre, y en ese orden de ideas, la legislación no permite que una persona tenga dos padres o dos madres, como es en este último caso, la pretensión de las requirentes. Todo lo cual no origina un problema de constitucionalidad, sino que atañe a la institucionalidad propia del derecho de familia;

TRIGÉSIMO: 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;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, aun cuando se acogiera la inaplicabilidad de las normas impugnadas, ninguna consecuencia podría tener para la determinación de la filiación del niño, porque del hecho que se reconociera que su madre biológica está unida en matrimonio con otra mujer, para la legislación chilena esto no cambiaría en nada su estatus. Se incumple así a este respecto, el requisito que las normas impugnadas puedan ser aplicables en la gestión judicial;

CONCLUSIONES

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, las disposiciones legales censuradas en el requerimiento de estos autos constitucionales pertenecen al orden público matrimonial, y por consiguiente no presentan aspectos constitucionales que reparar. A quien corresponde corregirlos, si así se estimare procedente, es a los órganos colegisladores, llamados a fijar las reglas acerca del matrimonio civil;

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, los fundamentos sustentados en el requerimiento no alcanzan para persuadir a esta Magistratura, en orden a apreciar el efecto contrario a la Constitución, que el artículo 12 de la Ley N ° 20.830 y el artículo 80 de la Ley N ° 19.947, producen en el caso considerado, más aún si el Acuerdo de Unión Civil, en sus efectos, le otorga reconocimiento jurídico al matrimonio celebrado en país extranjero por las requirentes;

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, atendida las consideraciones precedentes este Tribunal procederá a declarar conforme a la Constitución, las normas jurídicas impugnadas por el requerimiento de autos;

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimero, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

I QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES.OFÍCIESE.

II ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.

III QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVOS PLAUSIBLES PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL (Presidenta), los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA y de la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quienes estuvieron por acoger la impugnación de fojas 1.por las siguientes razones:

I.- Caso constitucionalmente planteado.

1° Las requirentes son dos mujeres que conforman un matrimonio celebrado válidamente en España entre personas del mismo sexo. Hace algunos años viven en Chile y desde el año 2017 comenzaron a informarse sobre procedimientos de fertilización asistida. Durante la interposición del presente requerimiento una de ellas estaba embarazada y al momento de la vista de la causa su hijo común tenía algo más de dos meses.

2° Cuando el embarazo de Cristina avanzó, concurrieron a inscribir su matrimonio al Servicio de Registro Civil e Identificación, el cual rechazó su solicitud y en su lugar inscribió un acuerdo de unión civil que deja a su hijo desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y no les permite tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia.

3°. Señalan que el matrimonio, para ellas, fue la formalización de la familia que constituían, estando amparadas por un marco legal que pone de manifiesto su condición de familia. Agregan que si bien el matrimonio no cambió su forma de vivir, sí fortaleció su unión, por la visión que ambas tienen de dicha institución. Consideran que "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" (fojas 6).

4° Alegan que la aplicación de los preceptos impugnados contraviene las siguientes disposiciones constitucionales:

a) Artículos 1°, inciso segundo, y 19 N° 4, por cuando deja desprovista de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo, cuando el vínculo se celebra en el extranjero. Explican que la noción de familia es amplia y su protección en el ámbito nacional tiene su correlato en el ámbito internacional. Ello obedece a la importancia que todas las sociedades entregan a la familia. Por ello, las requirentes sostienen que el derecho debiera proteger y propender al fortalecimiento de toda la diversidad de familias existentes en la sociedad. Sin embargo, la aplicación de los preceptos impugnados importa una falta de reconocimiento del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, discriminando entre tipos de familia, lo que, además, las desprotege, al despojárseles del tipo de arreglo jurídico que ellas voluntariamente eligieron para regular y resguardar sus derechos y obligaciones recíprocas e imponérseles otro (acuerdo de unión civil), que presenta diferencias con el matrimonio, importando la negación del reconocimiento de una decisión adoptada libremente, todo lo cual contraviene el mandato constitucional de protección y fortalecimiento de todas las familias.

b) Artículo 19 N° 2, pues discrimina arbitrariamente a las requirentes por su orientación sexual. Explican que si bien la ley que crea el Acuerdo de Unión Civil y la Nueva Ley de Matrimonio Civil estuvieron orientadas por la idea de una noción amplia de familia, siguieron operando sobre la preferencia a las parejas heterosexuales, negando a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio. Esta diferencia carece de fundamento razonable, al fundarse en la orientación sexual de los contrayentes. La orientación sexual es una categoría sospechosa o prohibida para discriminar, de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. Este criterio también es compartido por el derecho internacional de los derechos humanos. Agregan que la

prohibición tampoco es idónea para la consecución del fin perseguido por las referidas leyes de reconocer un concepto amplio de familia y propender a su protección y fortalecimiento, ni proporcional en sentido estricto, puesto que solo satisface las pretensiones de una pareja heterosexual, con efectos adversos graves para las parejas homosexuales, a quienes se les desconoce su autonomía.

c) Artículo 1°, ya que vulnera el derecho a la identidad del hijo de ambas, una vez nacido, y, con ello, la protección de la dignidad de toda persona, al privársele de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres. Sostienen que el niño no podrá, normativamente, considerar a sus dos madres como tales, ya que la filiación solo se establecerá respecto de una de ellas, ni podrá sentirse cobijado por una noción de familia que comprenda el matrimonio entre personas de un mismo sexo.

d) Artículo 5°, inciso segundo, en relación con el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que vulnera el mandato de protección del interés superior del niño, ya que, al hijo de las requirentes, una vez nacido, se le inhibirá de ser un hijo fruto de un matrimonio y de contar con el reconocimiento legal de la filiación de una de sus madres. Ello, porque se le impedirá al niño crecer en una familia que ha sido plenamente reconocida y protegida y, en virtud de la cual, puede acceder a un reconocimiento de su filiación respecto de ambas.

II.- Normas legales impugnadas.

5° Las requirentes impugnan dos preceptos legales de dos leyes diferentes. Las normas legales las presentamos de un modo general a objeto de ilustrar mejor el conflicto, sin embargo, sólo la parte subrayada de ellas es lo que reprocha el requerimiento para que se declare inaplicable en el caso concreto.

El artículo **12 de la Ley N° 20.803** que dispone lo siguiente:

"Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas:

1ª. Los requisitos de forma y fondo del acuerdo se regirán por la ley del país en que haya sido celebrado.

2ª. Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el acuerdo celebrado en territorio extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 7°, 8° y 9° de esta ley.

3ª. Para que el acuerdo otorgado en país extranjero produzca efectos en Chile, deberá inscribirse en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil que establece el artículo 6°.

Los efectos de este acuerdo, una vez inscrito conforme a lo señalado precedentemente, se arreglarán a las leyes chilenas, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en el territorio nacional.

4ª. La terminación del acuerdo y los efectos de la misma se someterán a la ley aplicable a su celebración.

5ª Las sentencias que declaren la nulidad o la terminación del acuerdo, dictadas por tribunales extranjeros, serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil.

6ª. Los actos auténticos en que conste la terminación de uno de estos acuerdos serán reconocidos en Chile, en conformidad con la legislación chilena vigente en esta materia.

Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo."

6° Seguidamente, el **artículo 80 de la Ley N° 19.947** que dispone lo siguiente:

"Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º de esta ley.

Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes."

III.- Caracterización del caso y cuestiones sobre las cuales no nos corresponde pronunciarnos.

7° Es un caso de Derecho Internacional Privado. El caso planteado por las requirentes se enmarca, primariamente, en una dimensión normativamente encuadrada en el Derecho Internacional Privado, según veremos más adelante. Esto implica que esa disciplina regula la competencia y jurisdicción derivada de relaciones jurídicas válidas originadas en distintos derechos soberanos, respecto de extranjeros o nacionales sometidos a dichas legislaciones. Normalmente, la aplicación de los mandatos normativos en este tipo de conflictos se rige por la ley del lugar de la celebración del acto jurídico. Pues bien, el caso consiste en el impedimento establecido en el artículo 80 de la Ley N° 19.947 para que ello ocurra.

8° Donde no aplica el artículo 102 del Código Civil. Por lo mismo, son irrelevantes las reglas nacionales que rigen la materia para un matrimonio celebrado en Chile entre contrayentes cuya aplicación sea dentro de nuestro territorio. Lo anterior, deviene en que el artículo 102 del Código Civil que establece la definición de matrimonio en el ordenamiento nacional no tiene aplicación y ello explica que no haya sido impugnado en estos autos.

9° Sin embargo, al tratarse de una discriminación operan como parámetro de control las normas constitucionales. Justamente, al identificar el requerimiento que el vicio que impide la inscripción del matrimonio como tal, se funda en un obstáculo que puede reprocharse de discriminatorio, el caso se transforma en un dilema constitucional.

10° En el cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos auxilia con argumentos. Se trata, en efecto, también de un caso de derechos humanos pero que puede determinarse con anterioridad a su definición no esencial. Por lo mismo, los contextos de la jurisprudencia de Cortes internacionales de derechos humanos como de jurisdicciones constitucionales nacionales sirven como un argumento auxiliar en la predeterminación del contexto del caso pero no para decidirlo únicamente conforme a sus criterios.

11° No nos pronunciaremos sobre el proyecto de ley que regula el matrimonio igualitario en Chile. Al tratarse de un entorno normativo como el indicado no podemos compartir la idea de que esta sentencia contenga los efectos abstractos y amplios que impliquen un pronunciamiento sobre un proyecto de ley que está en el Congreso Nacional y que avanza según el mérito impuesto por los parlamentarios. En consecuencia, estimamos que no es razonable extender la argumentación a una hipótesis no prevista en el caso.

12° El caso concreto manda. En consecuencia, tampoco creemos que nos encontremos frente a un caso abstracto definido de un modo en que esta Magistratura deba pronunciarse sobre el mérito del matrimonio entre dos personas del mismo sexo. 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.

IV.- Criterios interpretativos.

13° Definiremos los criterios interpretativos que guiarán esta disidencia. En primer lugar, sostendremos la desarmonía existente entre los dos preceptos legales reprochados por las requirentes, la que es conducente a un efecto derogatorio por razones constitucionales del artículo 80 de la Ley N° 19.947, según explicaremos. En segundo lugar, nos apoyaremos en el sentido evolutivo que han tenido las instituciones jurídicas para resolver este caso. En tercer término, el orden público

nacional no puede imponer restricciones que vulneren la autonomía privada de las personas. En cuarto lugar, la historia de la Ley N° 19.947 acredita una discriminación inconstitucional en razón del sexo de las contrayentes. En quinto término, el bloqueo del artículo 80 de la Ley 19.947 discrimina a las personas del mismo sexo que han celebrado válidamente un matrimonio en el extranjero. Adicionalmente, sostendremos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los tribunales internacionales se han referido ampliamente a la materia, reconociendo la discriminación en las restricciones a los matrimonios entre personas del mismo sexo y definiendo la deferencia al legislador para su incorporación en sus respectivos ordenamientos. Finalmente, la Ley N° 20.830 reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero pero desconoce sus efectos. En particular, nos centraremos en los efectos filiativos, afectivos y patrimoniales que son abiertamente insuficientes.

a.- Disonancia entre el artículo 80 de la Ley N° 19.947 y el artículo 12 de la Ley N° 20.830.

14° Las requirentes han planteado el caso ante esta Magistratura de un modo tal en que ambos preceptos legales reprochados ofrecieran un modo unívoco de entender la exclusión de la inscripción del matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Discrepamos de dicha postura, según pasamos a explicar.

15° En este caso existen tres perspectivas para analizar el requerimiento. Por una parte, existe una dimensión de validez o vigencia del matrimonio celebrado en el extranjero. Una segunda perspectiva, es la denominación de dicho acuerdo. Y la tercera dimensión, son los efectos civiles que se deducen del mencionado matrimonio.

16° El artículo 80 de la Ley N° 19.947 excluye valor jurídico a la ley del lugar de celebración del matrimonio por un supuesto vicio de fondo consistente en ser un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, cuestión que profundizaremos más adelante pero que resulta clara.

17° Cuando ingresó al Congreso Nacional el proyecto de ley que devendría en la futura Ley 20.830 y durante buena parte de su tramitación, el legislador obró de una manera coherente con el artículo 80 antes mencionado, esto es, permanecería la existencia de ese vicio de fondo de los matrimonios igualitarios.

Hasta el segundo trámite constitucional de la Ley N° 20.830, el proyecto de ley sólo regulaba los acuerdos "no constitutivos de matrimonio", puesto que el estatus del acuerdo de unión civil era inferior al matrimonio, entendiendo así el legislador que la figura que creaba no era la del matrimonio igualitario. Estos criterios perduraron durante buena parte de la tramitación del proyecto de ley hasta que, en el último trámite en la Cámara de Diputados, el Profesor de Derecho Civil de la Universidad

de Chile, señor Mauricio Tapia estimó que era discriminatorio que no tuvieran valor alguno los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero. Y sostuvo que, a lo menos, debería asignarse un valor tipo acuerdo de vida en pareja o acuerdo de unión civil (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.830, p. 823).

18° Lo anterior modificó sensiblemente la tramitación del proyecto de ley e impactó en una de las normas reprochadas en esta causa. A partir de esa intervención se incorporó una indicación del Diputado René Saffirio que incluyó el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero. No es del caso verificar el tránsito de dicha innovación sino quedarnos con el texto definitivo según se define en el inciso final del artículo 12 de la Ley 20.830.

Después de haber pasado el precepto por Comisión Mixta y aprobado finalmente por ambas corporaciones legislativas, el Senador Hernán Larraín sostuvo en el debate final en el Senado que, pese a la concurrencia de su voto favorable, "siento que hay una mala solución en el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero. (…) Hay una contradicción en el mismo artículo 12 entre la expresión de su inciso primero "los acuerdos no constitutivos de matrimonio" y el inciso final. (…) Y eso a mi juicio puede interpretarse como un reconocimiento a los matrimonios del mismo sexo en nuestra legislación. (…) Esta disposición incorpora un reconocimiento en nuestra legislación. Si así se quisiera tendría que haber un cambio legal propiamente tal, abierto y derecho. Reitero: por esta vía no se puede interpretar eso de una manera distinta" (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.830, pp. 1076-1077).

19° Y esta contradicción verificada es evidente, lo que jamás podría interpretarse como una derogación expresa del artículo 80 de la Ley N° 19.947 puesto que nadie se lo planteó así, pero sí como un efecto nuevo de reconocimiento, habida cuenta de la discriminación denunciada. Esto es muy relevante. El legislador del 2015 evolucionó respecto del legislador del 2004. Lo que parecía tan evidente a lo largo de más de una década dejó de serlo.

Y la consecuencia jurídica es que no es posible entender los textos fuera de los mismos por razones ideológicas. Así como el artículo 80 de la Ley N° 19.947 establece un vicio de fondo del matrimonio, el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, del modo en que lo entendamos traduce un nuevo efecto a los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados válidamente en el extranjero.

Desde el argumento literal: *"Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile …",* hasta la historia de la ley relatada que da cuenta del propósito de otorgarle un valor específico. O el efecto sistémico y lógico del ordenamiento, en orden a que ese reconocimiento sería *"como acuerdos de unión civil"* . Todo da cuenta de una nueva definición de valor para los matrimonios igualitarios como el que regula la legislación española (Ley 13/2005 de 1° de julio).

De este modo, esta disidencia no puede desandar el camino y sostener una armonía entre ambas normas. Existe contradicción y esa se corresponde con una evolución favorable a su reconocimiento, conforme lo indica parte del inciso final del artículo 12 de la Ley 20.830, por lo cual esta disidencia no puede acoger la idea de que este inciso refleje en plenitud cuestiones que sean plenamente inconstitucionales. En consecuencia, haremos una nítida distinción entre lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley N° 19.947 y el inciso final del artículo 12 de la Ley N° 20.830, según lo iremos explicando en otros criterios interpretativos.

b.- El criterio evolutivo en el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero.

20° Nuestra Magistratura ha hecho referencia en el pasado al criterio evolutivo como una fórmula interpretativa válida. Ahora damos un paso más allá. Hay que admitir seriamente la relevancia de utilizar el criterio evolutivo, en casos como el reseñado en el que se manifiesta ampliamente en el derecho y más allá de él.

21° En primer lugar, evoluciona en la dimensión sociológica de familia. La Constitución tiene un tipo de reconocimiento de la familia a un modo de concepto abierto que no solo permite sino que justifica la evolución de los diversos tipos de familia. El art. 1° de la Constitución establece que la familia es el núcleo de la sociedad y que el Estado debe protegerla. La primera disposición es una constatación sociológica, antropológica e histórica, mientras que la segunda importa la formulación de un principio jurídico que se traduce en un deber del Estado. Ninguno de los dos preceptos se refiere a un solo tipo de familia de contornos bien determinados. No se establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia.

En tal sentido, se concluye que el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no, y con mayor razón a familias legalmente constituidas bajo el matrimonio igualitario celebrado en España.

22° También es evolutiva la idea de matrimonio. La propia Ley N° 20.830 en los aspectos no reprochados de esta legislación advierte un conjunto plural y evolutivo de instituciones que dan cuenta de otro tipo de acuerdos y contratos entre personas de diferente como de igual sexo. Existe el Pacto de Solidaridad francés, la Ley de Unión Civil o el partnerschaft alemán o el partenariat enregistré suizo, como uno de las tantísimas fórmulas que el Derecho chileno tuvo en cuenta a la hora de verificar una regulación ad hoc y diferente al matrimonio, como una acreditación de la desvinculación entre esta institución y el matrimonio; así como de la evolución

plural del reconocimiento de maneras distintas y válidas de regularlo para el derecho interno.

23° También evoluciona el lenguaje. La Real Academia Española en su 22° versión (2001) del Diccionario de la Lengua Española no incluía dentro de la voz "matrimonio" aquellos celebrados entre dos personas del mismo sexo. En cambio, en la versión 23° del año 2014, nos indica en su segunda acepción que también es matrimonio el que "en determinadas legislaciones, (es la) unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses".

24° Y, en consecuencia, debemos admitir que el legislador del 2015 había evolucionado respecto del legislador del 2004. No vemos ninguna razón para que exista una dinámica interpretativa diferente de la familia, del matrimonio y del lenguaje que la describe y, a la vez, quedemos atados a los términos en que el legislador del año 2004 predeterminó un concepto, en nuestra tesitura, discriminatorio. Por lo mismo, sirva esta evolución para ampliar el sentido en que interpretamos el inciso final del artículo 12 de la Ley 20.830 en contra de lo dispuesto en el artículo 80, parte final del inciso primero, de la Ley N° 19.947 como interdicción del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero. Hoy eso no es posible.

c.- El Derecho Internacional Privado en la definición de un orden público internacional en materia civil.

25° En nuestro ordenamiento interno, los efectos de la ley en el espacio están regulados, principalmente, en los artículos 14 a 18 del Código Civil. De conformidad con esta normativa, en Chile opera el principio de territorialidad (artículo 14 del Código Civil).

Sin embargo, esta regla tiene excepciones, de manera que, en determinados casos, la ley chilena se aplica en el extranjero y la ley extranjera, en Chile. En particular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 Nº 1 del Código Civil, los chilenos deben ajustarse a la ley chilena en lo relativo al estado civil y a la capacidad para ejecutar el acto, luego, "los hechos que produzcan una alteración del estado civil del chileno que vive en el extranjero debieran regirse por la ley sustantiva chilena para tener validez en Chile" (Vial, María Ignacia (2001). Validez y alcance de las sentencias extranjeras de divorcio en Chile: análisis legal y jurisprudencial. *Revista Chilena de Derecho*, *28* (4), p. 717).

En consecuencia, existiendo una norma interna expresa en ese sentido, cabe descartar la aplicación de normas internacionales.

26° Por lo demás, las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), ratificado por Chile en 1933, no resultan aplicables en el caso, ya que, primero, este tratado no ha sido ratificado por España, de modo que respecto de este país, solo constituye fuente de principios de Derecho Internacional (Ramírez, Mario (1994). Derecho Internacional Privado, p. 42) y, segundo, el tratado fue ratificado por Chile con la reserva que "Ante el Derecho Chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho código, en caso de desacuerdo entre unos y otros" y siendo la Ley de Matrimonio Civil posterior, prevalecerán sus normas por sobre las del Código de Bustamante en caso de conflicto normativo.

Por lo demás, en este ámbito, el Código de Bustamante no establece nada distinto a la ley chilena, puesto que, respecto del matrimonio, previene que los contrayentes están sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos, a los impedimentos y a su dispensa (artículo 36).

27° Definidos estos criterios del Derecho Internacional Privado cabe aplicarlos, en un ámbito conceptual y general, a la dimensión del matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo. Las dificultades que devienen de la aplicación de criterios diferenciados sobre los contrayentes de matrimonio entre diversos países, tienen reglas de solución del conflicto general, las que se pueden sintetizar en la adopción de la ley de la nacionalidad o del domicilio de los contrayentes. Por cierto, que hay fórmulas mixtas, máxime cuando los contrayentes son de diferentes nacionalidades.

Lo relevante es que el orden público internacional, como sostuvo el Profesor Enrique Barros en la tramitación de la Ley N° 19.947, valora la autonomía privada de los contrayentes. Tiene que ver con principios fundamentales; es un universo más pequeño y atiende a lo esencial, tolerando, naturalmente, las diferencias más o menos profundas que asumen las diversas legislaciones privadas. Por el contrario, "el orden público nacional es aquello que queda <u>fuera de la autonomía privada</u> en razón de leyes prohibitivas o imperativas, que incluso son de conveniencia u oportunidad de políticas económicas que pueden cambiar en el tiempo" (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 19.947, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, p. 377).

Es tal la relevancia que le otorgó al principio de la autonomía privada que propició la idea de una regla multilateral en virtud de la cual "podría tener especial interés como regla que autoriza ámbitos de la autonomía privada en cuanto a la legislación aplicable al matrimonio. En otras palabras, nada debiera impedir que, de común acuerdo, extranjeros domiciliados en Chile o chilenos domiciliados en el extranjero o matrimonios mixtos, pudieran someter su vínculo matrimonial a la ley chilena. Un cambio podría ser que se entendiera esa sumisión voluntaria cuando ambos

cónyuges solicitan la inscripción de su matrimonio en Chile" (Historia de la Ley N° 19.947: pp. 375-376).

Cabe constatar que esta opinión se dio en un contexto en dónde aún no se había plasmado la regla del artículo 80 cuestionado en este caso. En síntesis, el orden público nacional puede imponer limitaciones a reglas extranjeras siempre que no afecten el núcleo del ámbito de la autonomía privada de las personas. Lo anterior, es justamente uno de los principios por el cual se estiman nulos todos aquellos matrimonios celebrados en el extranjero que carecen de auténtico consentimiento.

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. Sin embargo, en otros ordenamientos se sigue debatiendo sobre el alcance de estas consideraciones en el reconocimiento de matrimonios poligámicos en la asignación de pensiones de viudedad para las esposas en el entendido de la función que cumple la buena fe en la interpretación de dichos vínculos y la admisión o no de diferencias en el tratamiento de seguridad social. (Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de España Roles STCE 69/2007, de 16 de abril y STCE 194/2014, de 1° de diciembre de 2014. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Muñoz Díaz contra España", STEDH de 8 de diciembre de 2009).

d.- El bloqueo por la Ley N° 19.947 al matrimonio igualitario celebrado en el extranjero.

28° Un cuarto criterio es examinar el modo en que el legislador de la Ley N° 19.947 estableció una excepción a la vigencia del principio de Derecho Internacional Privado en virtud del cual rige la ley del lugar de celebración del matrimonio, bloqueando no solo los efectos sino que la institución misma.

29° En el segundo trámite constitucional, según ya vimos, como consta en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, después de que el Profesor Enrique Barros definiera el contorno de los matrimonios celebrados en el extranjero, surgió, a partir de ese debate, una idea de obrar diferente en diversos senadores, con el objeto de imponer una nueva regla de orden público nacional que controvertía una incipiente configuración de matrimonios entre personas del mismo sexo que estaba aconteciendo en distintas legislaciones.

Preguntado el Profesor Barros por el Senador Rafael Moreno acerca de si en Chile "podría interpretarse que ese matrimonio (entre personas del mismo sexo) está contraído válidamente?" (Historia de la Ley N° 19.947, p. 379). Respondió "que ese es un caso típico en que el orden público internacional opera por la vía de la reserva

general. Si se aceptara ese matrimonio por una legislación extranjera, los tribunales chilenos tendrían que discernir si puede ser reconocido en Chile, en particular si coincide con los principios fundamentales del ordenamiento de la familia". Después de explicar un conjunto de problemas prácticos indicó que "las normas que rijan la relación matrimonial, en lo posible, sean aquéllas que más cercanamente están vinculadas a la forma de vida que tienen las partes, y ese es el criterio que, en general, sigue el derecho comparado en materia de familia" (Historia de la Ley N° 19.947, p. 380). En consecuencia, en el ámbito técnico del Derecho civil y en su aplicación al ámbito del Derecho Internacional Privado jamás se sugirió el establecimiento de una regla de orden público nacional que privara de reconocimiento al matrimonio igualitario celebrado en el extranjero.

30° De este modo, más allá del criterio técnico, el legislador se propuso doblemente el efecto de bloquear el matrimonio igualitario, no solo al no reconocerlo como tal sino que para definirlo como un vicio de fondo del matrimonio. Y, adicionalmente, para impedir que sea la jurisdicción nacional mediante los tribunales de justicia, los que verifiquen una interpretación sobre sus efectos.

Construyó una nueva regla de orden público nacional sobre la base de nociones como que ese matrimonio "sería inexistente" (Senador Aburto). Por lo mismo, el Senador Rafael Moreno propuso "condicionar la aplicación de la ley que rija en el lugar de celebración del matrimonio, a la circunstancia de que se trate de la unión entre un hombre y una mujer, cualquiera sea el valor que se le pueda asignar como matrimonio de acuerdo a la ley extranjera" (Historia de la Ley N° 19.947, p. 380).

Y estos criterios se extendieron a lo largo de su tramitación, aunque en un ámbito que se extendió a la idea misma de la regulación en Chile del matrimonio entre personas del mismo sexo.

"Pero no es necesario ser clarividente para darse cuenta que en los próximos meses se pretenderá que, ya que estuvimos dispuestos a reconocer parejas sin relación a compromisos ni a fines familiares, nos *modernicemos* también en otras materias y permitamos las uniones de parejas del mismo sexo. Si la ley puede terminar con la indisolubilidad, ¿por qué no podrá hacer lo mismo con la heterosexualidad y con la monogamia?" (Diputado Forni, Historia de la Ley N° 19.947, p. 1526).

"Algunos se preguntan por qué no se regula el matrimonio entre personas del mismo sexo. El día de mañana mayorías parlamentarias pueden terminar aprobando eso y mucho más" (Diputada Cubillos, Historia de la Ley N° 19.947, p. 1544). "En efecto si desaparece este principio elemental para muchos, de estimar el matrimonio como una materia para procrear y proyectarse hacia el futuro, su eliminación abre la puerta a un matrimonio entre personas del mismo sexo. Personalmente, no me gustaría ser testigo el día de mañana de un proyecto de esa naturaleza" (Diputado Bayo, Historia de la Ley N° 19.947, pp. 1577-1578)

31° 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).

e.- El bloqueo del artículo 80 de la Ley 19.947 discrimina a las personas del mismo sexo que han celebrado válidamente un matrimonio en el extranjero.

32° Esta norma sólo existe en razón de la orientación sexual de las personas, sin considerar los actos y el plan de vida de una pareja del mismo sexo dentro de nuestro ordenamiento.

33° La Constitución garantiza la igualdad ante y en la ley, exigiéndole al legislador una motivación específica acerca de las restricciones a las que somete a las personas en el ejercicio de sus derechos, desconociéndoles la igual protección que le debe la ley a todas las personas.

En tal sentido, el sexo y la orientación sexual son categorías sospechosas de discriminación, aunque nuestra Constitución no las desarrolle expresamente pero se verifican como una de las categorías y distinciones que al legislador le está vedado de hacer.

El no reconocimiento de las relaciones afectivas entre personas de un mismo sexo genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección.

Tal definición del legislador del año 2004 implica una introducción de un juicio cultural adverso sobre grupos minoritarios históricamente vulnerables, como es el caso de las lesbianas, lo que importa desconocer que el derecho a contraer matrimonio igualitario en un país que lo reconozca se ejerce sin daño a terceros. En tal sentido, se afirma que es deber del Estado respetar y brindar protección a todo tipo de familia.

Tal cual lo solicitan las requirentes, el obstruirle el reconocimiento jurídico que el ordenamiento español les amparó en plenitud, configura un daño a la dignidad de las personas y al modo en que desarrollan su unión afectiva.

34° El artículo 80, en la parte impugnada, de la Ley de Matrimonio Civil es discriminatorio. Esta ley no contempla una disposición expresa en el sentido de establecer como un elemento esencial del matrimonio la diferencia de sexo y si bien se discutió en el curso del trámite legislativo incorporar una disposición en tal

sentido, ello fue desestimado, en atención a la definición de matrimonio prevista en el artículo 102 del Código Civil (Cornejo, Pablo (2013). Matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil. *Revista Tribuna Internacional, 2* (3), p. 11).

Sin embargo, el legislador de la época consideró relevante establecer una regla expresa en la materia al disponer sobre los efectos de los matrimonios celebrados en el extranjero, básicamente, considerando que recientemente otros países habían comenzado a otorgar reconocimiento jurídico a las relaciones entre personas del mismo sexo, bajo la forma del matrimonio o de otra institución jurídica, y que se seguía, respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero, el principio de territorialidad de la ley, de manera que tanto los requisitos de forma como los de fondo del matrimonio son los que establece la ley del lugar de su celebración.

Con todo, los incisos segundos y tercero del artículo 80 de la LMC establecen una excepción a ese principio, en efecto, los matrimonios celebrados en el extranjero en contravención a las prohibiciones previstas en los artículos 5º, 6º y 7º de esa ley, o que se hayan celebrado sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes, pueden ser anulados, toda vez que se estima contrarían el orden público nacional.

Luego, 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, desde que solo atiende a la orientación sexual de los contrayentes y la institución del matrimonio, como ya se indicó, no justifica dicha diferencia de trato.

35° Así, respecto del artículo 80 de la Ley N° 19.947, se ha señalado que tal norma hace "especialmente arbitraria e injustificable la negación de reconocimiento establecida por nuestra ley, resultando sumamente cuestionable su constitucionalidad de cara al imperativo de protección a la familia establecido en el artículo 1 inciso 2º y 5º de la Constitución y al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política, sobre todo si consideramos la diferencia de tratamiento que existe con los otros casos en que el legislador nacional permite la intervención de la ley chilena frente a matrimonios celebrados en el extranjero, lo que puede llevar a que en la práctica nuestra legislación establezca verdaderas restricciones no escritas a la inmigración por parte de parejas del mismo sexo extranjeras" (Cornejo, Pablo (2013). Matrimonios entre

personas del mismo sexo celebrados en el extranjero y sus efectos jurídicos en Chile. Análisis crítico del artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil. *Revista Tribuna Internacional, 2* (3), pp. 18-19).

f.- El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los tribunales internacionales se han referido ampliamente a la materia.

36° No hemos negado que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos carezca de importancia en un caso de esta naturaleza. Más bien, hemos encuadrado normativamente en el modo en que se aplica el Derecho Internacional Privado. Sin embargo, tampoco creemos que las sentencias de diversas cortes nacionales e internacionales validen una discriminación de esta naturaleza en el contexto evolutivo en el que todas se encuentran durante el siglo XXI.

37° En principio nos parece que toda esta discusión de los tribunales internacionales se da en un contexto diverso al caso. Ninguno de estas cuestiones se da en el marco de la validez de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero. Los citaremos sólo a efecto de revalidar la naturaleza discriminatoria en la prohibición o restricción de todos estos matrimonios, según lo han descrito colegas nuestros en diversos países, con mucha mejor expresión y calidad de sus argumentos.

38° En un análisis de reciente jurisprudencia comparada, nos encontramos con el caso del año 2013, en donde la Corte Suprema de los Estados Unidos, en "Estados Unidos vs. Edith Windsor", resolvió que el impedimento para contraer matrimonio entre personas del mismo sexo es una "denegación de la libertad de las personas protegida por la Quinta Enmienda.

La libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda contiene la prohibición de negar a cualquier persona la igual protección de la ley" y que el trato diferente respecto de las parejas homosexuales "degrada a la pareja, cuyas elecciones morales y sexuales son protegidas por la Constitución (…) Y humilla a decenas de miles de niños que ahora son criados por parejas del mismo sexo".

39° En el año 2018, la Sala Constitucional de la Corte de Justicia de Costa Rica (causa 15-013971-0007-CO), aludiendo a los criterios establecidos en la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH, anuló la prohibición del matrimonio homosexual establecida en la ley y ordenó al Congreso de ese país adecuar la legislación en un plazo de 18 meses, por cuanto "la norma cuestionada se traduce por sí misma en una prohibición para el matrimonio entre personas del mismo sexo, negándoseles con base en su orientación sexual el acceso a tal instituto".

40° El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el año 2017, en el caso Chapin y Charpentier v. Francia, mantuvo su jurisprudencia, por cuanto falló que es decisión

de cada Estado brindar protección a las parejas homosexuales bajo la institución del matrimonio, o bien, bajo otro estatuto jurídico, al señalar que "los Estados son libres de reservar el matrimonio únicamente a parejas heterosexuales y gozan de un margen de apreciación para decidir acerca de la naturaleza exacta del estatuto otorgado por otros modos de reconocimiento jurídico".

Con ello, nos viene a recordar que no es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuestione la naturaleza del matrimonio igualitario sino que lo valida en función del margen de apreciación nacional que es el método que tiene el ordenamiento europeo de derechos humanos para ejercer una función de compatibilidad entre los ordenamientos constitucionales nacionales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En consecuencia, es un error estimar que este Tribunal desconozca este matrimonio, puesto que no hay casos en donde lo haya declarado inconvencional. Más bien, una afirmación de esa naturaleza es desconocer el modelo europeo de derechos humanos.

Los casos europeos son decenas y son agrupables en dos tipos de ordenamientos. Existen legislaciones orientadas a establecer las uniones entre personas del mismo sexo pero bajo denominaciones específicas (Dinamarca desde 1989 hasta el 2012; Noruega desde 1993 hasta el 2009; Suecia desde 1994 hasta el 2009; Islandia desde 1996 hasta el 2010; Francia desde 1999; Alemania desde el 2001; Portugal desde el 2001; Finlandia desde el 2002; Luxemburgo desde el 2004; Reino Unido desde el 2004; Austria desde el 2010, etc.). Y, por otro lado, están los casos de países que aplican a las uniones de personas del mismo sexo el instituto clásico del matrimonio (Países Bajos desde el 2001; España desde el 2005; Noruega desde el 2009; Suecia desde el 2009; Islandia desde el 2010; Portugal desde el 2010; Francia desde el 2013, entre otros). La descripción de estos casos es dinámica y el registro anterior es una fotografía válida al 2013 (Ragone, Sabrina (2013), "El matrimonio homosexual en Europa, entre derecho político y derecho jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente jurisprudencia comparada", *Foro, Nueva Época,* Volumen 16, N° 1, España; pp. 241-261).

41° Esta transformación constitucional y legal se ha traducido en una inevitable tensión jurisprudencial en la que existen muy diversos tipos de pronunciamientos en sedes judiciales nacionales. La dimensión central en ellos reside en que la diferencia de sexos ha dejado de ser un elemento absoluto de los matrimonios. Y frente a ellos, la generalidad de los jueces se ha decantado por admitir que esa dimensión debe ser resuelta por el legislador. Los argumentos son diversos, desde estimar que se trata de una especie de *political question* hasta la precisión del modo en que están reconocidos los derechos constitucionales en el ámbito de la familia y el matrimonio en sus respectivos ordenamientos internos. (Ragone, 2013: 243- 253).

Si bien de la jurisprudencia de diversas cortes internacionales acreditan la condición evolutiva de los ordenamientos y el modo en que se ha expandido la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo abriéndose camino contra la

discriminación, también los documentos internacionales sobre derechos humanos que reconocen el derecho a contraer matrimonio disponen que su ejercicio se regula de acuerdo a la legislación interna de cada país.

Lo anterior, implica que no hay deber de incluir en los ordenamientos legales internos una específica modalidad de matrimonio plural sino que ese margen debe ser debatido al interior de cada Parlamento o Congreso. En consecuencia, de esta discusión constitucional de Derecho Comparado y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aparecen evidentes tendencias pero también un inequívoco respeto al legislador. Y, que el caso sigue siendo uno muy distinto a la pretensión de resolver para ahora y siempre la "naturaleza del matrimonio" sino que se trata de un efecto mucho más acotado consistente en el reconocimiento normativo de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero para ser aplicado en otro ordenamiento. En esto, el caso sigue siendo resorte del Derecho Internacional Privado en relación con la Constitución.

g.- La Ley N° 20.830 reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, pero desconoce sus efectos.

42° El inciso final del artículo 12 nos indica que *"los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile"*, lo que importa para los Ministros que comparten esta disidencia es la evolución que el legislador del año 2015 recoge y que ha dejado huella en nuestra legislación, según ya lo explicamos antes.

43° Sin embargo, la continuidad de ese inciso final nos da cuenta de dos ideas adicionales. Primero, del título o denominación del matrimonio igualitario en Chile. Y, en segundo lugar, de sus efectos.

En cuanto al primer asunto, los entiende "*como acuerdos de unión civil"*. Reconocemos que el dilema del legislador era darle algún tipo de reconocimiento pero es relevante que se vuelve a desconocer la autonomía privada de las contrayentes puesto que, para todos los efectos legales, son "un acuerdo de unión civil". El legislador convierte un matrimonio igualitario en un acuerdo de unión civil. Jurel tipo salmón. Sin embargo, entendemos que ello no es lo esencial.

44° Lo fundamental son los efectos del acuerdo del matrimonio igualitario puesto que dicho inciso nos indica que *"si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo."*

Y este es el corazón del conflicto planteado ante esta sede. No se trata sólo de que se pueda inscribir un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero. Se trata de enjuiciar el grado de desprotección que genera para el caso concreto esa figura jurídica.

45° 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.

46° 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.

47° 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 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.

48° Es más, no solo no pueden cumplir con su plan familiar de vida, sino que además, para que lo puedan gozar en plenitud el ordenamiento jurídico nacional les indica que la única vía que tienen para el ejercicio en plenitud de sus derechos es ejerciéndolos en el lugar en que lo celebraron. Más allá de la factibilidad del retorno a España, no parece razonable ni lógico un ordenamiento que le otorga como única vía de satisfacción de sus derechos a reconocer, mantener y preservar su familia, el pedirle a una connacional que se exilie. Ese sacrificio demuestra que la discriminación ha llegado lejos en el marco de un simple efecto de reconocimiento pleno "como si se hubiera celebrado en España".

49° 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 Nº 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.

En vista de lo anterior, 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."*

Con ello atendemos a la insuficiencia de protección que tiene en el caso concreto el acuerdo de unión civil al impedir el reconocimiento de las relaciones plenas de parentesco al interior de la familia de las requirentes con todos los efectos filiativos, afectivos y patrimoniales que se derivan de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero.

PREVENCIONES

Los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ concurren a la sentencia previniendo lo siguiente:

CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

1°. Que, dos personas del mismo sexo, casadas en España el año 2012, reclaman porque la ley chilena no les permitiría registrar ese matrimonio en el país, a no ser como un acuerdo de unión civil.

Objetan, por discriminatorio, el artículo 12, inciso final, de la Ley N° 20.830, en cuya virtud "Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil". E igualmente, por contener -en su concepto- una diferenciación arbitraria, impugnan el artículo 80, inciso primero, de la Ley N° 19.947, al señalar que el matrimonio celebrado en el extranjero puede ser reconocido como tal en Chile, "siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer".

Aunándolo con el instituto del matrimonio, las requirentes agregan que el concepto de "familia" debe ser ampliado, por vía de interpretación evolutiva; pues -de lo contrario- la legislación de familia las dejaría al margen de su protección y en una situación de eventual desamparo;

2°. Que, en tercer lugar, atendido el estado de gestación de una criatura en que se encuentra una de las requirentes, que al momento de la vista de la causa en esta sede constitucional el niño había nacido, aducen que, al impedírseles el reconocimiento de su matrimonio en Chile, se verá afectada la identidad y dignidad del infante, dado que se le priva el considerarse hijo de un matrimonio de dos madres.

Explican que las disposiciones impugnadas, al menoscabar la protección al menor, además quebrantarían el artículo 5°, inciso segundo, constitucional, por el cual se entiende incorporado a la legislación nacional la Convención pertinente, cuyo artículo 3° consagra el principio de interés superior del niño;

3°. Que, en relación a la materia, cabe tener presente que permanece inobjetado el artículo 102 del Código Civil, merced al cual "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Norma, esta última, que no fue objeto de modificación el año 2015 al dictarse la Ley N° 20.830 que creó el acuerdo de unión civil, por motivos que -junto a otros- enseguida se explicitaran, para no acceder a este requerimiento;

ANTECEDENTES

4°. Que, atendido que la Constitución española de 1978 se remite expresamente a la ley para regular las formas de matrimonio (artículo 32.2), es que en dicho país se dictó la Ley 13/2005 que, modificando el Código Civil (artículo 44), dio lugar a ambas posibilidades: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

Dicho cambio fue adoptado considerando no solo la competencia que al efecto la Constitución le otorga al legislador, sino que también ejerciendo éste el amplio margen de discrecionalidad que el constituyente de 1978 le abre al efecto, amén de tener presente -esa Ley 13/2005- el historial legislativo patrio que reseña su Preámbulo.

El cambio así ocurrido en el Reino de España, por ende, tuvo lugar por aplicación de su propio derecho positivo y sin pretensiones unificadoras con alcance universal;

5°. Que el lenguaje común, reflejado en el Diccionario de la Lengua Española, define el Matrimonio -en su primera acepción- como la "Unión de hombre y mujer, concretada mediante ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses", en un continuo que viene desde 1780, cuando se entendía por tal el "Contrato de derecho natural, que se celebra entre hombre y mujer por mutuo consentimiento externo". El Diccionario Ideológico de la Lengua Española, de Julio Casares, igualmente conceptualiza el Matrimonio como la "Unión de un hombre y una mujer para hacer vida común, con arreglo a derecho".

Solo con posterioridad al año 2001, dando cuenta de una realidad existente en algunos ordenamientos positivos, como en España aconteció, la Real Academia ha añadido -a aquella transcrita precedentemente- esta segunda acepción: "En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concretada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses".

"En determinadas legislaciones", pues, esto es "en algunas en particular", puede otorgarse el estatus matrimonial a parejas idéntico sexuales, según y cómo sea cada realidad normativa y en ningún caso con efectos de irradiación mundial;

6°. Que, en este sentido, conviene destacar la sentencia dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos, de 21 de julio de 2015, que en un caso análogo al actual -y considerando la preceptiva vigente en ese continente- entendió que "En ausencia de matrimonio, la opción de una unión civil o pareja registrada sería la forma más adecuada para que las parejas del mismo sexo, como los solicitantes, tengan reconocida legalmente su relación" (Oliari y otros v. Italia).

De ahí que Italia, cumpliendo tal fallo, expidió válidamente la Ley N° 76/2016, que regula la unión civil entre personas del mismo sexo, sin por ello tener que desconocer que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer;

7°. Que, en nuestro continente, es útil mencionar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, en su

artículo 17.2 "reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia". El que, interpretado de buena fe, lleva a colegir que, siendo éste el único derecho que en dicho cuerpo normativo hace alusión al sexo, es porque -lógicamente- el matrimonio presupone una diferencia sexual entre los contrayentes.

La Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, gira en torno a la misma idea, especialmente en su artículo 16, cuando propende a eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, las condiciones de igualdad que allí deben imperar "entre hombres y mujeres".

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva OC -24/17, de 24 de noviembre de 2017, remitiéndose a una sentencia anterior, constató -sin reproche alguno- que "diversos Estados de la región han tomado acciones legislativas, administrativas y judiciales para asegurar los derechos de parejas del mismo sexo, a través del reconocimiento tanto de la unión civil o unión de hecho, como el matrimonio igualitario" (Párrafo 201);

CONSIDERACIONES

8°. Que este conjunto de antecedentes permite advertir, desde ya, que 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.

9°. Que, como ya se empieza a visualizar, 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;

10°. 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".

"El presente proyecto -dice este revelador documento- no altera de modo alguno la definición legal de matrimonio contenida en el artículo 102 de nuestro Código Civil, ni tampoco la definición que de dicha institución hace el Diccionario de la Real

Academia de la Lengua Española: la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales".

Reiterando -a continuación- que la iniciativa legal se basa en "una convicción muy profunda de nuestro gobierno, en el sentido que el matrimonio corresponde a un contrato que por su naturaleza, debe ser celebrado entre un hombre y una mujer";

11°. Que, 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;

12°. Que, 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;

13°. 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;

14°. Que, a este respecto, es importante enfatizar que el artículo 1°, inciso tercero, de la Carta Fundamental, al incorporar el principio de subsidiariedad dentro de las "Bases de la Institucionalidad", importa la consagración de un elemento vital para la efectiva vigencia del imperio del Derecho dentro de una sociedad auténticamente plural, al proteger a los cuerpos intermedios y a sus miembros especialmente de la acción transformadora del Estado, que pueda desnaturalizar su intrínseca o connatural constitución.

El bien común general, cuya promoción amerita crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, amén de promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación, exigidos por el citado artículo 1°, no valida la transducción de conceptos pre constitucionales como son la familia y el matrimonio; sin perjuicio de que la riqueza que posibilitan esas mismas Bases de la Institucionalidad, abra puertas a la participación de otros muchos y diversos cuerpos menores o asociaciones intermedias en la sociedad;

15°. 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;

16°. Que, fue así que la propia Ley N° 20.830, que creó el acuerdo de unión civil, incorporó un extenso Título VII, referente a un número considerable de "Modificaciones a diversos cuerpos legales", justamente con el propósito de brindar protección a las personas vinculadas por este tipo de unión.

En materias de salud (artículo 29), de pensiones y régimen de seguridad social (artículos 30 y 31), de remuneraciones en el ámbito estatal (artículos 32 y 33), de

acceso a la justicia (artículo 34) y a las soluciones habitacionales (artículo 37), así como en lo relativo a la protección penal (artículos 39 y 40) y laboral (artículo 41), entre otras, dan cuenta de haberse cumplido, a cabalidad, el aludido imperativo constitucional.

Lo cual, por cierto, no obsta a que, si la aplicación práctica de estas u otras reglas legales genera una concreta inconstitucionalidad, puedan las requirentes impetrar -en su oportunidad- el correspondiente requerimiento de inaplicabilidad ante esta sede jurisdiccional;

17°. 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;

18°. 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;

19°. 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 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 solo 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 este contexto no se aprecia que los preceptos objetados vulneren tal interés superior;

CONCLUSIONES

20°. Que, de la normativa preanotada, es dable concluir, en primer lugar, que no es contraria a la Constitución la Ley N° 20.830, cuando en su artículo 12, inciso final, permite registrar en Chile los acuerdos de unión civil entre parejas del mismo sexo, al paso de ser conforme con la misma Carta Fundamental el que la Ley N° 19.947, en su artículo 80, inciso primero, reconozca que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer.

De los antecedentes tenidos a la vista, se infiere que la legislación nacional ofrece protección acabada a las parejas que se unen conforme al estatuto de la citada Ley N° 20.830, sin desmedro de otras medidas que pueda adoptar a futuro el legislador. La situación del hijo de una de las requirentes, no se divisa en este momento amagada por la aplicación concreta de los preceptos reprochados, lo que lleva a rechazar el presente requerimiento también por este concepto; sin perjuicio de las acciones tutelares que les franquea el ordenamiento jurídico chileno y que pueden ejercer en su oportunidad.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las siguientes consideraciones:

1º. Las normas impugnadas son el 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, que establece la Ley de Matrimonio Civil.

2º. 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.

3º. Sólo a modo ilustrativo, el requerimiento razona sobre la base de reproches tales como los que se indican a continuación: "[d]eja desprovista de la imprescindible protección de la familia matrimonial conformada por parejas del mismo sexo"; "[d]iscrimina arbitrariamente a mis representadas por su orientación sexual" (obviamente no se refiere al Acuerdo de Unión Civil); "[s]e le priva del derecho de nacer en el seno de un matrimonio compuesto por sus dos madres" (fojas 1). Es más, de la simple lectura de uno de los dos preceptos impugnados queda meridianamente claro que la objeción de fondo dice relación con la exigencia referida al distinto sexo de los contrayentes: "(…) *siempre que se trate de la unión entre*

un hombre y una mujer" (artículo 80 de la Ley Nº 19.947, que Establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil).

4º. Teniendo presente lo recién señalado, lo cual se confirmará más adelante, es posible identificar la siguiente interrogante de relevancia constitucional cuya resolución se nos solicita: ¿**Existe un derecho a que la unión de dos personas del mismo sexo pueda ser considerada por la legislación chilena como matrimonio**, tanto respecto de sus efectos, como en cuanto a su denominación jurídica?

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.

Antes, incluso, es posible advertir que la parte requirente no ha demostrado por qué un régimen de acuerdo de vida en pareja, opción disponible en nuestro ordenamiento jurídico para todos los chilenos y extranjeros, independiente de su sexo, vulnera el derecho constitucional a la integridad física y psíquica.

5º. Una respuesta favorable a la existencia del derecho sobre la que versa la pregunta exige incurrir en un tipo de argumentación o raciocinio de índole constitucional o supralegal que, inevitablemente, alcanza diversas situaciones fácticas cuya distinción pasa a ser irrelevante. Nos referimos, indistintamente, al reconocimiento como matrimonio de uniones así consideradas de acuerdo a la legislación de un país extranjero, al de uniones inscritas previamente en Chile como pacto de unión civil (con independencia de si cuentan con un estatus jurídico matrimonial previo o no según algún ordenamiento jurídico extranjero), o al de uniones que pretendan celebrarse en calidad de matrimonio. Vale decir, si se llega a la conclusión de que la legislación de nuestro país no puede establecer diferencias en razón del sexo respecto de la institución del matrimonio sin violar el principio de igualdad ante la ley y, como también se reclama, la protección de la familia, el mismo resultado debiera alcanzarse, indistintamente, para todas las situaciones previamente mencionadas[1].

6º. 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

---

[1] En palabras de la parte requirente "solo queremos que el Estado chileno les dé el mismo trato que otorga a todas las parejas heterosexuales casadas en el extranjero: el reconocimiento de su matrimonio, nada más, pero nada menos. Y, claro está, que al reconocerse su vínculo matrimonial se reconozca que cuando Marc nazca será hijo matrimonial de sus dos madres, no solo de una de ellas" (fojas 7). Como puede advertirse, de la lectura conjunta de las dos oraciones, la referencia al lugar ("casadas en el extranjero") es irrelevante.

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.

7º. Como ya lo adelantamos, el líbelo funda la petición de inaplicabilidad en una supuesta vulneración a los artículos 19, Nº 1º (derecho a la integridad psíquica), Nº 2º (derecho a la igualdad ante la ley), Nº 4º (derecho a la honra), para lo cual busca sustento recurriendo a lo señalado en el artículo 1º, inciso segundo (la familia es el núcleo fundamental de la sociedad) e inciso cuarto (bien común). Por último, reclama una infracción al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución.

8º. En cuanto al agravio o lesión que los efectos de la aplicación de los preceptos impugnados les provocaría, la pareja requirente menciona la grave insuficiencia del Acuerdo de Unión Civil, la que sintetiza en la afirmación de que dicha institución "de facto, deja a su hijo desprovisto de la presunción de maternidad del matrimonio y no les permitirá tener reconocimiento alguno respecto de la maternidad de Cecilia [la pareja biológicamente no progenitora]". Sin perjuicio de lo anterior, la actora reconoce que "quizás lo más importante es el efecto simbólico que produce el que se niegue el reconocimiento de una decisión voluntaria de las señoras Vera e Ibars; una que ellas han adoptado para que la sociedad las reconozca de esa forma y para fundar su familia de ese modo: a partir de una unión matrimonial." (fojas 13, énfasis agregado).

9º. 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"[2].

En nuestra opinión, y sin necesidad siquiera de adoptar una postura, de esta afirmación se colige, a lo más, que bajo el paragua conceptual de "familia" (género) hay una modalidad jurídica o especie distinta al matrimonio. El recurrir a un concepto amplio de familia implica admitir que existen diversas opciones jurídicas, lo cual no permite arribar a conclusión buscada, esto es, el reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo como única opción satisfactoria[3].

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"[4]. 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.

10º. En otra variante argumentativa, la parte requirente centra su atención en el hijo como titular de derechos constitucionales que le estarían siendo conculcados. Así, se alegan supuestas violaciones al derecho al nombre o al interés superior del

---

[2] Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. FRC. 2012, párr. 142.

[3] La parte requirente manifiesta la conclusión lógica de considerar una noción amplia de familia de la siguiente manera: "[de] lo anterior se sigue que toda la diversidad de familias existentes en nuestra sociedad debieran contar con la debida protección por parte del derecho. Es por esto que la consideración de la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado no puede ser limitada a las familias compuestas solo por parejas heterosexuales".

[4] Observación General N.º 19 "Protección a la Familia, el Derecho al Matrimonio y la Igualdad de los Esposos (artículo 23)", 1990, párr. 2.

niño. Al respecto, compartimos lo señalado en el fallo en sus considerandos 18º y 19º. En nuestra opinión, se trata de desarrollos argumentativos incompletos. Es más, si consideramos el meollo de aquello a lo que aspira la parte requirente (recordémoslo nuevamente: el efecto simbólico de ser tratados de manera idéntica a los matrimonios heterosexuales) se hace más patente el carácter accesorio de este tipo de razonamiento.

11º. Para la parte requirente es tan evidente la existencia de un derecho fundamental (de jerarquía supralegal) a que dos personas de un mismo sexo puedan vincularse matrimonialmente, que apoyan su esfuerzo argumentativo recurriendo a lo que (equivocadamente) según ellos constituiría un indiscutible estándar jurídico internacional o global. Si se tuviera presente este "consenso global", razona, esta Magistratura debiera, igualmente, arribar a la misma conclusión. Tanto es así que, según los solicitantes, vulneraría, incluso, el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República.

12º. Por el contrario, 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[5].

13º. Las disposiciones sobre la materia contenida en instrumentos internacionales sobre la materia son similares y, subrayamos, ninguno hace mención al matrimonio entre personas del mismo sexo. A modo ilustrativo, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere sobre esta materia en el artículo 17 sobre Protección de la Familia, que en su numeral 2º, establece que "[s]*e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención*". De manera similar, artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone que: "[a] *partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho*". A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos, evitando aludir a restricciones referidas al sexo, prescribe en el artículo 16.1 que: "[l]*os hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*".

---

[5] Véase, por ejemplo, las STCs 2387 (c. 11º y 12º), 2699 (c. 13º), 2703 (c. 11º), 4948 (c. 13º) y 4963 (c. 13º).

14º. A nivel jurisprudencial, en particular de aquella emanada de Tribunales supranacionales, característica que se le puede reconocer al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tampoco la postura de la parte requirente resulta respaldada por el razonamiento interpretativo respecto de disposiciones similares a las de la Convención Americana de Derechos Humanos.

15º. Al respecto, merece ser destacada, en primer lugar, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 9 de junio de 2016, en el caso de Chapin y Charpentier contra Francia (n°40183/07). En dicha causa "[l]*os demandantes afirman que fueron discriminados por su orientación sexual al negarles el derecho a contraer matrimonio en virtud del artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos [antes citado]. Sostienen que, de haber sido heterosexuales en su orientación, habrían tenido acceso a tres regímenes de protección de la pareja (cohabitación, Pacs y matrimonio) y señalan que la protección jurídica que ofrecen los Pacs es inferior a la del matrimonio. Consideran que esta discriminación no persigue ningún objetivo legítimo (y, en particular, la protección del equilibrio jurídico relativo a la familia y la filiación, citado por el Gobierno, no constituye tal objetivo) y no es proporcionada*" (pf. 33).

En lo concerniente a a dicha alegación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo un repaso de su jurisprudencia relevante, comenzando por la sentencia Schalk y Kopf (§§ 58-63), fallo en el que "*dijo que, aunque la institución del matrimonio había sido profundamente modificada por la evolución de la sociedad desde la adopción de la Convención, no existía un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Sostuvo que el artículo 12 del Convenio se aplicaba a la denuncia de los demandantes, pero que la autorización o prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo se regía por las leyes nacionales de los Estados contratantes. Sostuvo que* ***el matrimonio tenía connotaciones sociales y culturales muy arraigadas que podían diferir considerablemente de una sociedad a otra y recordó que no debía apresurarse a sustituir su propia evaluación por la de las autoridades nacionales, que estaban en mejores condiciones de apreciar y responder a las necesidades de la sociedad. Por lo tanto, concluyó que el artículo 12 no imponía al gobierno demandado la obligación de abrir el matrimonio a una pareja del mismo sexo como los demandantes*** *(véase también Gas y Dubois c. Francia, Nº 25951/07, § 66 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 2012)*" (pf. 36). Luego, se nos dice que "[e]*l Tribunal reiteró esta conclusión en las recientes sentencias Hämäläinen y Oliari y otras sentencias citadas anteriormente. En la sentencia Hämäläinen (§ 96),* ***recordó que el artículo 12 consagraba el concepto tradicional de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer y que, si bien era cierto que varios Estados miembros habían abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, no podía entenderse que este artículo impusiera tal obligación a los Estados contratantes***" (pf. 37). Por último, el Tribunal sostuvo que "[e]*n la sentencia Oliari y otros (§§ 192-194), […] estas conclusiones seguían siendo válidas a pesar de la evolución gradual de los Estados en este ámbito, ya que once Estados miembros del Consejo de Europa permiten*

actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo. Recordó que había dicho en la sentencia Schalk y Kopf que ni el artículo 12, ni el artículo 14 en relación con el artículo 8, que es más general en cuanto a su propósito y alcance, podían interpretarse en el sentido de que imponían a los Estados contratantes la obligación de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Llegó a la conclusión de que el mismo enfoque era válido para el artículo 12 en relación con el artículo 14 y rechazó esta queja por ser manifiestamente infundada (§ 194)" (pf. 38).

En un segundo acápite de la sentencia Chapin y Charpentier contra Francia, "[l]*os denunciantes consideran que han sido discriminados por su orientación sexual en el ejercicio de su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Invocan el artículo 8 junto con el artículo 14 de la Convención. El artículo 8 dice lo siguiente: '1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, su hogar y su correspondencia. 2. No habrá injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo la que esté conforme a la ley y sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o la seguridad pública, para el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o la moral o para la protección de los derechos y libertades de los demás'*" (pf. 45).

Sobre el reproche precedente, "[e]l *Tribunal señala que* ***los Estados siguen siendo libres, en virtud del artículo 14 en conjunción con el artículo 8, de abrir el matrimonio sólo a las parejas heterosexuales y que éstas gozan de un cierto margen de apreciación para decidir la naturaleza exacta de la condición que confieren las demás formas de reconocimiento jurídico*** *(Schalk y Kopf citados anteriormente, § 108, y Gas y Dubois citados anteriormente, § 66)*" (pf. 48). Enseguida, "[s]*eñala que,* ***aunque en el momento de los hechos el matrimonio no estaba abierto a los demandantes en el derecho francés, éstos podían, no obstante, celebrar un pacto de solidaridad civil, previsto en el artículo 515-1 del Código Civil, que confiere a los socios un cierto número de derechos y obligaciones en materia fiscal, patrimonial y social*** *(véase el párrafo 25 supra)*" (pf. 49). Finalmente, el Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea señala que "[e]*n la medida en que los demandantes invocan las diferencias entre el régimen matrimonial y el del pacto de solidaridad civil, el Tribunal reitera que no tiene que pronunciarse sobre cada una de esas diferencias en detalle en el presente caso (Schalk y Kopf, antes citado, § 109). En todo caso, observa, como lo hizo en esa sentencia, que esas diferencias corresponden en general a la tendencia observada en otros Estados Miembros y no ve ninguna indicación de que el Estado demandado haya excedido su margen de apreciación en la elección que hizo de los derechos y obligaciones conferidos por el pacto de solidaridad civil (ibíd.)*" (pf. 51)[6].

16º. En una línea similar y sobre un caso que presenta características muy atingentes a la ventilada en la actual acción de inaplicabilidad, resulta útil citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2018, Coman

[6] Los énfasis están agregados.

y otros contra Inspección General de Inmigración de Rumania y otros (C-673/16). El contexto de este caso es el siguiente: el señor Coman, nacional rumano y estadounidense, y el señor Hamilton, nacional estadounidense se casaron en Bruselas el 5 de noviembre de 2010. En diciembre de 2012, los señores Coman y Hamilton se dirigieron a la Inspección para que se les informase del procedimiento y los requisitos con arreglo a los cuales el señor Hamilton, nacional de un tercer Estado, podía, en calidad de miembro de la familia del señor Coman, obtener el derecho a residir legalmente en Rumanía por un período superior a tres meses. El 11 de enero de 2013, en respuesta a esta solicitud, la Inspección informó a los señores Coman y Hamilton de que este último disfrutaba únicamente de un derecho de residencia de tres meses, porque no se reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, de conformidad con el Código Civil, y de que, además, la prórroga del derecho de residencia temporal del señor Hamilton en Rumanía no podía concederse en concepto de reagrupación familiar. Los interesados recurrieron a la justicia rumana, ocasión en la cual se requirió al Tribunal Constitucional de dicho país la declaración de inconstitucionalidad del artículo 277, apartados 2 y 4, del Código Civil[7] por vulnerar los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, así como las disposiciones relativas al principio de igualdad. Dicha Magistratura, a su vez, elevó el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sobre el particular y recalcando la importancia que el Tratado de la Unión Europea da al derecho a la libre circulación y residencia de los nacionales de un Estado miembro (y ciudadano de la Unión) en otro Estado miembro, el Tribunal aclaró que éste incluía el derecho de los nacionales de los Estados miembros "*de llevar una vida familiar normal tanto en el Estado miembro de acogida como en el Estado miembro del que son nacionales cuando regresen a él, disfrutando de la presencia a su lado de los miembros de sus familias*" (pf. 32). El Tribunal también reconoce que "[**e**]***s cierto que el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe*** *(véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, apartado 25; de 1 de abril de 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, apartado 59, y de 14 de octubre de 2008, Grunkin y Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, apartado 16).* ***Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo*** *(sentencia de 24 de noviembre de 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, apartado 59)*" (pf. 37).

---

[7] El artículo 277, apartados 1, 2 y 4, del Código Civil de Rumania está redactado en los siguientes términos: "*1. Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo. 2. Los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados o contraídos en el extranjero por ciudadanos rumanos o por extranjeros no gozarán de reconocimiento legal en Rumanía.* [...] *4. Serán de aplicación las disposiciones legales relativas a la libre circulación en el territorio rumano de los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo*.".

Pero, al mismo tiempo, advierte que, "*dejar a los Estados miembros la posibilidad de conceder o denegar la entrada y la residencia en su territorio a un nacional de un tercer Estado que ha contraído matrimonio con un ciudadano de la Unión del mismo sexo en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado en función de que las disposiciones de Derecho nacional contemplen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo tendría por efecto que la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión que ya hayan hecho uso de esta libertad variase de un Estado miembro a otro, según tales disposiciones de Derecho nacional*" (pf. 39). "*De ello se deduce que la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro a reconocer, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, el matrimonio de este con un ciudadano de la Unión del mismo sexo, nacional de dicho Estado miembro, contraído durante su residencia efectiva en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*" (pf. 40).

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea "*hace constar que la obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado,* ***al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado****, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el Derecho nacional y que entra dentro de la competencia de los Estados miembros, como se ha recordado en el apartado 37 de la presente sentencia.* ***No supone que dicho Estado miembro contemple, en su Derecho nacional, la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo****. Se limita a la obligación de reconocer tales matrimonios, contraídos en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este, y ello a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión*." (pf. 45)[8].

17º. En cuanto a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible afirmar que no hay fallo en el que haya manifestado derechamente que el matrimonio entre personas de un mismo sexo es un derecho y, creemos, tampoco podría hacerlo. En efecto, bajo el pretexto de una interpretación llamada "evolutiva", los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos no podrían modificar las disposiciones de la Convención que los rige sin actuar fuera del ámbito de sus respectivas competencias. Si el matrimonio entre parejas del mismo sexo es o no una buena idea no debiera ser de su incumbencia. Una Corte no es una legislatura. Los Estados parte que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos no han autorizado a la Corte Interamericana (ni a ninguna otra) a ejercer la fuerza ni la voluntad, sino sólo el juicio. Si la judicatura constitucional a nivel nacional suele ser criticada en muchos países por su carácter contramayoritario (y que responde, vulgarmente, al apelativo de "tercera cámara"), debiera

[8] Los énfasis dispuestos en las citas están agregados.

reconocerse que cuando se trata de una judicatura todavía más lejana de los mecanismos de decisión democrática, la cautela y deferencia ha de ser aún mayor. Y si se tiene presente los muy disminuidos niveles de "accountability" con que operan (algo de lo cual un juez no es responsable), la conciencia sobre el riesgo de usurpación de la voluntad de los nacionales de los países miembros debiera ser elevada. En este sentido, la noción de "Corte transformadora", la cual puede denotar un encomiable compromiso de sus jueces por el rol con que han sido investidos, puede, sin embargo, transformarse en una peligrosa tentación. Así como se suele decir que no hay tributo sin representación, en asuntos tan trascendentes para la vida en sociedad como aquellos concernientes a la familia y el matrimonio adquiere especial relevancia un principio todavía más fundamental: no hay transformación social sin representación.

18º. En el informe presentado por MOVILH se hace referencia al Acuerdo de Solución Amistosa (ASA) suscrito entre el Estado de Chile y dicha organización no gubernamental[9]. Sobre el particular, en el documento se sugiere que una negativa a consagrar legislativamente el matrimonio entre personas del mismo sexo o, incluso, a declarar la inaplicabilidad por esta Magistratura de los artículos impugnados, constituiría una inobservancia al mencionado acuerdo. Pretender que dicho "acuerdo" implica haber fijado una definición sobre la materia por parte de nuestra nación significa desconocer los mecanismos democráticos esenciales en virtud del cual expresa sus preferencias y se da sus propias reglas de convivencia. Y, en materias como éstas, tal manera de entender el funcionamiento del sistema hace preguntarse, efectivamente, por un principio invocado al efecto: la buena fe.

19º. Desde el punto de vista jurídico, a quien le corresponde, finalmente, el contenido y aplicación del derecho vigente en nuestro país, como lo serían aquellas materias relativas al matrimonio, son los órganos del Estado con competencia para ello.

20º. No desconocemos que este Tribunal Constitucional, como órgano del Estado, puede tener algún tipo competencia para conocer de algún requerimiento por parte de órganos. Pero, al respecto, es muy importante tener presente que las materias concernientes al matrimonio (más todavía cuando se refieren a la naturaleza de dicha institución) son de aquellas que, claramente, deben ser reguladas por ley[10].

---

[9] Ver fojas 131 a 133.

[10] La STC 1881, tanto en el fallo, como en sus votos, confirma que cualquier eventual modificación al régimen de familia es materia de ley. El considerando 6º de dicho fallo explica muy bien este punto: "*está fuera de toda duda que el matrimonio es una de las materias más importantes relativas a las personas y es por ello que desde su aprobación, en 1855, el Código Civil de Bello, en su Libro Primero, relativo a "Las personas" incluye el título IV "Del matrimonio", lo que demuestra que éste es un asunto propio de la codificación civil y, por ende, es materia de ley. Refuerza esta conclusión lo dispuesto en el artículo 63, Nº 20, de la Constitución antes citado, pues resulta evidente que la definición de lo que se entenderá por matrimonio con carácter general y obligatorio, por*

También hay que tener en consideración que no existe disposición alguna en nuestra Constitución que en forma expresa se refiera al matrimonio, lo cual no es completamente inocuo -con independencia de si puede o no entenderse implícito en el artículo 1º, inciso segundo, sobre lo cual no nos pronunciamos-. Por último, hay que tener en cuenta la diferente naturaleza que tiene el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 93, inciso primero, Nº 6º (Inaplicabilidad de precepto legal) respecto de, por ejemplo, la contemplada en el Nº 3º del mismo artículo (cuestiones de constitucionalidad en proyectos de ley). El primero pretende resolver controversias constitucionales con impacto acotado, y no sólo por las consecuencias que tiene en la gestión judicial pendiente, sino también por su incidencia respecto de aspectos básicos sobre las que se sustentan instituciones y sistemas legales. Por todo lo mencionado previamente, esta Magistratura ha de ser especialmente cauta.

21º. De hecho, de acogerse la presente acción de inaplicabilidad no habría razón alguna para no seguir haciéndolo en el futuro. Así, cualquier discusión legislativa se vería inevitablemente sustituida por lo que esta Magistratura ya habría zanjado. Cualquier controversia sobre la constitucionalidad de un cambio legal esencial respecto de la regla imperante en nuestro ordenamiento jurídico vigente (como los relativos a la institución del matrimonio) es un asunto cuyo conocimiento es más propio de un control abstracto de constitucionalidad. Por lo tanto, lo solicitado en virtud del presente requerimiento es una pretensión improcedente y ya, por esa sola razón, este Tribunal debe declarar su rechazo.

22º. Usando las palabras vertidas, en su oportunidad, en la STC 1881 (c. 9º) recaída sobre un caso parecido, este requerimiento tampoco puede prosperar, "*toda vez que lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley Nº 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad*".

23º. Para finalizar, cabe aclarar, nuevamente, que el análisis desarrollado en este voto particular concurrente no tiene el mismo sentido y alcance de si se estuviera discutiendo la constitucionalidad de un nuevo y fundamental cambio al régimen jurídico existente discutido y aprobado por el Congreso, si así ocurriera en el futuro. Decir que la Constitución no mandata o impone, como único modelo tolerable, que la institución del matrimonio esté disponible para contrayentes del mismo sexo, no

---

su importancia social, estatuye una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca".

es necesariamente equivalente a sostener que está constitucionalmente prohibido que el ordenamiento jurídico de un país contemple una regla que, en lo que al matrimonio se refiere, no haga distinciones según sexo. Esta última no es una materia respecto a la cual este Tribunal deba ser arrastrado a pronunciarse con ocasión, como se ha explicado, de una acción de inaplicabilidad.

El Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ concurre a la sentencia teniendo además presente que:

1°. El requerimiento de fs. 1 no puede prosperar, en primer lugar, 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°. Desde esta misma perspectiva, 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 en la gestión pendiente.

3°. Por último, el requerimiento tampoco puede prosperar porque 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 -en el 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°. En efecto, a juicio de este previniente, 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 específica 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 <u>no es arbitraria</u>. 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 -apartándome parcialmente de lo resuelto en la sentencia Rol N° 1.881-, 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°. Así las cosas, sea que se sostenga que la Carta Fundamental se refiere sólo a la familia matrimonial, en su artículo 1° inciso segundo, o que, al menos, ésa es una especie de las familias allí reconocidas, en cualquier caso aquélla que se funda en el matrimonio sustenta la raigambre constitucional de esta institución, por lo que no queda, en su completa regulación, a disposición del legislador, de modo tal que "*[l]a cuestión que se plantea, por tanto, es la del grado de originalidad que permite la Constitución al legislador matrimonial. En definitiva, se trata de saber qué caracteres -si existen- hacen reconocible el matrimonio de tal manera que su desaparición implicaría que el contrato de vida en común legalmente regulado no pudiera ser denominado matrimonio; es lo que suele conocerse como garantía de instituto. La idea es asegurar un mínimo de recognoscibilidad a la institución matrimonial (…). Sin embargo, una postura en exceso rigurosa llevaría a la petrificación de una institución que está sociológicamente en permanente evolución*" (Joaquín Urías: "El Régimen Constitucional del Matrimonio", María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Directores): *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018, p. 895).

8°. Sobre esa base, 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. Como "*[e]nseña Quintiliano (…) "la definición es la expresión adecuada al objeto propuesto, formulada en palabras con claridad y brevedad" (…)*" (Tomás J. Aliste Santos: "¿Qué es el Matrimonio? Una Aproximación Dogmático-Conceptual", Esther Martínez et al.: *La Igualdad como Compromiso*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 19).

Precisamente, "*[l]a garantía institucional vendría a ser aquella protección constitucional que preserva a una institución no sólo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra ("Leit-Bild"). Éste es su significado típico, que en un principio se circunscribe a instituciones públicas (instituciones en sentido estricto -se habla así de garantías "institucionales" o garantías "de institución"-), pero que después se proyecta sobre instituciones privadas (institutos -se habla así de garantías "de instituto"-) e incluso sobre determinadas manifestaciones sociales (se habla así de garantías de instituciones sociales)*" (Antonio Cidoncha Martín: "Garantía Institucional, Dimensión

Institucional y Derecho Fundamental: Balance Jurisprudencial", *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 23, 2009, p. 150).

9°. Con todo, es evidente que la existencia de instituciones diversas no justifica que el legislador, al reconocer o diseñar otras formas de vinculación interpersonal, vulnere principios y normas constitucionales, como por ejemplo la igualdad en y ante la ley, debiendo precaverse que no se incurra en discriminaciones, sobre todo, respecto de los menores de edad y que tampoco se afecte su identidad que "*(…) está constituida también por la identidad de su padre y de su madre (…). La vida humana, aunque se produzca mediante técnicas artificiales, requiere de un gameto femenino y uno masculino. Biológicamente, solo es posible una nueva vida humana mediante la fusión de células germinales de un varón y de una mujer, que se convierten en padre y madre del hijo común. Nadie puede tener más que un padre y una madre*" (María Sara Rodríguez: "Inaplicabilidad para conseguir "Presunción de Maternidad": Otra Ofensiva de la Doble Maternidad", *El Mercurio Legal*, 25 de febrero de 2020).

Redactó la sentencia el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, la disidencia, el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO. Las prevenciones han sido redactadas por los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 7774-19-INA

SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y sus 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.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.