

Google Translate

Original at: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2213>

Copy at the end of this machine translation.

Santiago, November 3, two thousand eleven.

SEEN:

A folio 1 in letter No. 917, received in this office dated December 27, 2010, the then President of the Court of Appeals of Santiago, Juan Manuel Muñoz Minister Pardo, in the case of resource protection "Padilla Echeverry Peralta Wetzel, César Antonio, and others with Stewart Smith, Jane "case No. 6787-2010, requires, as a means of adjudication, a ruling of the Constitutional Court on the applicability or inapplicability of legal principle laid down in Article 102 of the Code Civil, in the aforementioned process.

The disputed legal provision provides that:

"Marriage is a solemn contract by which a man and a woman unite indissolubly current, and life, to live together and procreate and mutual aid."

As background to the incident management pending the requirement of deducting inapplicability of the main parts of the documents submitted by the Santiago Court of Appeals shows that on October 20, 2010, attorney James Silva Alarcon, acting on behalf Cesar Antonio Peralta Wetzel, Hans Arias Harold Montero, Victor Manuel Garcia Arce, José Miguel Lillo Island, Stephane Open and Jorge Mardones Manuel Godoy, filed an appeal for protection against Jane Smith Silva, deputy civil officer Civil Registry and Identification Santiago, realizing that Mr. Peralta and Arias, in September 2010, requested that the appeal time for marriage, a request that was denied by her Chilean ground that the law provides only marriage between a man and a woman. Later, Mr. Arce asked Lillo validation of their marriage validly celebrated in Argentina and Messrs. Mardones Open and required him to register their marriage validly celebrated in Canada, rejected both petitions for appeal, who said he could only register marriages concluded between a man and a woman.

Indicate the protection recurrent deny the possibility of getting married or registering a marriage validly celebrated abroad to two people for their sexuality, is a serious violation of the right to equality enshrined in the No. 2 of Article 19 of the Constitution of the Republic, so ask the Court to declare the arbitrary act of the civil official attached and restore the rule of law, ordering that they be given time to celebrate their marriage and proceed to registration of marriages validly entered abroad, respectively.

For its part, the Regional Director Metropolitan Civil Registry and Identification informed the Court on October 28, 2010, urging the rejection of the protective action inferred, because the act of service is fully compliant with legislation force, citing the effect of Article 102 of Civil Code of inapplicability-challenged, which states that marriage is a contract between a man and a woman, and Article 80 of Law N °

19,947, New Civil Marriage Act, which requires that the marriage celebrated in a foreign country will produce the same effects in Chile, provided that it is the union between a man and a woman.

By submission of 7 January 2011, at page 13, the lawyer Jaime Silva Alarcón became a party to these proceedings about inapplicability action, requesting that she be declared admissible. It also asked that the request was ultimately accepted by the Magistrate, stating that Article 102 of the Civil Code is contrary to the following constitutional provisions: (i) Article 1, first paragraph, second, fourth and fifth, (ii) Article 5, second paragraph, in conjunction with Articles II and VI of the Declaration of the Rights and Duties of Man, 2.1, 7 and 16 of the Universal Declaration of Human Rights, 17 and 24 of the American Convention on Human Rights, 2.2 and 10 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and 2.1, 3 and 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights, and (iii) Article 19, No. s 2 °, 3 °, 4 °, 9 °, 18 °, 24 ° and 26 °.

He points out that, by denying two people the chance to marry and raise a family, for their sexual orientation, the authority is attacking their freedom and their right to be considered equal before the law society, discriminate arbitrarily because, while heterosexual couples can choose between marriage or relationships in fact, homosexuals can live only not entitled to any legal protection, resulting in unequal rights that entails.

He adds that the concept of marriage contained in section 102 of the Civil Code is not consistent with equality before the law proclaiming the Chilean society and the Constitution, and that the Constitution must be interpreted by the Constitutional Court taking into consideration the social context in the current historical moment, which differs from the current mid-nineteenth century, which dictated the Civil Code.

By Order of January 4, 2011, the Second Division of the Magistrates admitted for processing the request and, by decision of 26 of the same year, declared admissible and ordered a stay of proceedings in the management sub lite.

After the case to the plenary for its conduct, the requirement was made known to the President, the Senate and House of Representatives, as constitutional bodies concerned, and the six lords appellants protection, Mrs. civil official attached appeal, and the National Director of Civil Registry and Identification, as parties to the management of sub lite, with none of those bodies and individuals make use of their right to comment within the statutory period.

Notwithstanding the above, by ordinary No. 40, entered on January 14, 2011, the Acting National Director of the Service referred to the Civil Registry said that he had fully complied with the legal rules governing the legal institution of civil marriage Chile, contained in the law N ° 19,477, service agencies, and No. 4808 on the Civil Registry, in Decree-Law No. 2,128, 1930, Organic Regulations of the Service, in Article 102 of the Civil Code; in Law No. 19,947, Civil Marriages Act and the Regulations of this Law adopted by Decree No. 673 of 2004.

He further noted that under this legislation, as in the previous diligence demonstration, civil officer must verify, among other requirements, the sex of the

future spouses, and that if he held an illegal marriage commits the offense referred to in Article 388 of the Penal Code.

As for marriages abroad, said that under Article 80 of the Civil Marriage Act, they produce effects in Chile provided that they are contracted between a man and a woman.

He concluded that the Service, as an organ of State administration, it must ensure compliance with the laws governing marriage in Chile, and in the species, the actions of the civil official attached was adjusted to right.

On July 26, 2011, respectively, made presentations Ten Sollano Salvador Salazar and Felipe Correa Ross as members of "Move Chile", and Julio Alvear and Ignacio Tellez Covarrubias Cuevas, all calling for the rejection of the action brought in cars. Also, on July 27, 2011, made a presentation Mustaki Ismini Anastassiou, as president of the NGO Research, Training and Research on Women, also urging the rejection of the request. The same day, July 27 made a presentation Guild Civil Liberties Association, requesting to host the action of yore. At page 249, the Court ordered the cars to add to all these writings.

On July 28, 2011, made presentations Claudio Rojas Alvarado and others, and Corral Talciani Hernán and others, also urging the rejection of the action. A folio 348 and 349, the court ordered the background add to their briefs.

Brought the car in relation to, an audience of 28 July 2011 proceeded to the hearing of the case, listening to the relationship and the arguments of the lawyers Mr. Jaime Silva and Fernando Munoz Leon Alarcon, on behalf of the appellants for protection in the incident management in this requirement, with this date being the cause agreed.

AND WHEREAS:

I - ANALYSIS OF AUTOS reproach.

FIRST: That the Court of Appeals of Santiago, in letter No. 917-2010 / P of 27 December 2010, requested the Constitutional Judges ruling on the applicability or inapplicability due to unconstitutionality of Article 102 of the Civil Code, with respect to the subject the injunction proceedings before this Court, which corresponds to enclosed and Rol No. 6787-2010, titled "Wetzel Peralta, Cesar Antonio, and other / Soto Silva, Joan";

SECOND: The inapplicability requirement submitted by the Santiago Court of Appeals did not indicate explicitly the constitutional defect that would occur in the application of Article 102 of the Civil Code on the occasion of judicial management which has raised its inapplicability but broadly refers to the debate produced plea before individual protection. In the latter, as consisting of cars, was challenged on the one hand, the refusal of the Registrar-Recorder, Juana Soto Silva celebrate the marriage of Cesar Antonio Peralta and Hans Arias Harold Montero, and on the other hand, the the same official refusal to register the marriage celebrated in Argentina between Victor Manuel Arce Garcia and Jose Miguel Lillo Island, as well as the one held in Canada from Stephan Monardes Open and Jorge Manuel Godoy. The

appellants invoked as grounds for their action constitutional protection violation of the guarantee contained in the No. 2 of Article 19 of the Constitution, which guarantees to every person equality before the law and prohibited by the law and all authority to establish differences arbitrary;

THIRD: that the provision of car states: "Marriage is a solemn contract by which a man and a woman unite indissolubly current and lifetime, to live together and procreate, and auxiliary each other ";

FOURTH: That the appellants were part of protection is inapplicable in the process initiated by the Court of Appeals of Santiago. According to the statement in the main parts of management pending in which the question is inapplicable and the allegations in Court by lawyers for the parties that the question on which to rule that sentencing and set specific jurisdiction this case is whether the application of Article 102 of the Civil Code in the aforementioned application for protection violation or not the guarantee of equality before the law, contained in Article 19, No. 2 °, of the Constitution of the Republic, given that this provision only allows marriage between a man and a woman without authorizing same-sex couples can marry;

II .- LEGAL RESERVE.

FIFTH: That, with respect to marriage, the reservation of law concerning the regulation of its effects has two constitutional basis in the Constitution. On the one hand, it appears the No. 3 of Article 63 of the same, noting that what matters of law, stated as one which "are subject to civil coding." And on the other hand, No. 20 of the same article, which states that it is also "any other provision of general and compulsory adjudication by the essential foundations of a legal system";

SIXTH: That, indeed, is beyond doubt that marriage is one of the most important matters relating to people and that is why since its adoption in 1855, the Civil Code of Bello, in his first book on "persons" includes the title IV "marriage", which shows that this is a matter for civil coding and therefore is a matter of law. This conclusion is confirmed as provided in Article 63, No. 20 of the Constitution cited above, it is clear that the definition of what is meant by marriage in general and compulsory, for its social, enacts one of the essential foundations of civil law and hence is itself established by law;

SEVENTH: That, furthermore, it should be noted that the effects and the regulation of marriage are themselves projections of the legal reserve and not constitutional. This was evident in the discussion of the Study of the New Constitution, referring to the dissolution of marriage, which, incidentally, after the entry into force of the Charter of 1980 was accepted and regulated in the form of divorce. Thus, the characteristics of the institution, concerning the protection and development thereof, have been able to mutate under various rules of legal status, which changes have been made as regards, for example, the regime of property, adoption and parentage, among other things;

III .- inadequacy of inapplicability in the present case.

EIGHTH: That without prejudice to the right about constitutional reproach cars, the Judiciary can not ignore that a careful examination of the objection raised is not

allowed to turn to for judgment, since it does not fit with the scope of the action of inapplicability. Indeed, the inapplicability action is to prevent a particular legal rule is applied in a particular case when it unconstitutional consequences can be derived. Thus, the disapplication is a specific control of constitutionality whose effect is negative, ie, only prevents a provision is applied in the resolution of a pending judicial management. Consequently, slope management referred these cars the only consequence that could occur for judgment, would be the exclusion of the possible application of Article 102 of the Civil Code defines marriage, which is in the context of a wide range of standards that are applied by the judge referred to management and the legal status of marriage;

NINTH: That the above implies that the request referred to this statement is not to succeed, given that what is sought through it is to reformulate a system of rules in an integral and positively regulate an institution other than as today. Indeed, although a challenge was made in isolation from an article, what is really challenging is the application of derived complex legal status of marriage between man and woman which is regulated in its essential structure in the Civil Code and in Law No. 19,947, that is, the Civil Marriage Act. In other words, what the appellants seek to be recognized is the application of that statute, a matter which falls within the jurisdiction of this Court, because it is not empowered to modify and regulate the institutions that provides for the legal system through a statement of inapplicability. Furthermore, the requirement for cars can not be considered well-formed, since two of the couples who are party to the action of protection sub lite married abroad, without the Santiago Court of Appeals requested by the inapplicability of various rules of the Civil Marriage Act, in particular, Article 80 of that body of law which states that "the procedural and substantive requirements of marriage shall be established by law of the place of the meeting. Thus, the marriage celebrated in a foreign country in accordance with the laws of the country, produced in Chile the same effect as if it has been held in Chilean territory, provided that it is the union between a man and a woman. ". Thus, the reproach of Article 102 of the Civil Code is not decisive in the resolution of outstanding management as it relates to the aforementioned partners.

And Bearing in mind Articles 19, No. 2, 63, N ° s 3 and 20, and 93, first paragraph, No. 6 °, and subsection eleventh, of the Constitution of the Republic, as well as standards relevant Law No. 17,997, Organic Constitutional this Constitutional Court,

RESOLVED: THAT REJECTS REQUEST DISAPPLICATION DEDUCTED to square ONE.

Jase VOID THE SUSPENSION OF PROCEDURE PROMULGATED at page 54, must TRADES TO EFFECT.

Concurring opinion of Chief Justice, Mr. Raul Bertelsen Repetto MINISTER.

The Chief Minister Raúl Bertelsen Repetto prevents attends the ruling rejects the requirement inapplicable in challenging the application of Article 102 of the Civil Code, without sharing its seventh recital, as the introduction of divorce law is a foreign matter which is discussed in cars so not up to the judiciary rule on it at this time, and also taking in mind the following considerations:

1 .- Article 102 of the Civil Code provides that "[t]he marriage is a solemn contract by which a man and a woman unite indissolubly current and lifetime, to live together and procreate and mutual aid";

2 .- That, for the resolution of the request filed to consider whether to reserve the marriage law "a man and a woman", or if you want to express in other terms a heterosexual couple, and therefore to exclude that contract with each other same sex, it incurs an arbitrary difference in their application is contrary to the constitutional guarantee of equality before the law;

3 .- That, as you know, equality before the law does not require uniform treatment of all people, but also allows the law to give different treatment to them when there is a significant distinguishing feature between different people, and provided suitable for the legal distinction to be drawn;

4 .- The Civil Code to define marriage has given legal recognition to one of the oldest social institutions has always been present in the jurisdictions in which the Chilean law has its roots, which have traditionally conceived as a union of life between man and woman being undisputed until very recently the impossibility of holding same-sex.

Thus, Roman law, Modestino said "Maris conjunctio Nuptiae feminae sunt" (Digest 23,2,1), this is a union between man and man or woman being similar opinion Ulpian (Digest 1,1,3), who pointed out that natural law is what nature teaches all animals and therefore is not peculiar to the human race, the conjunctio feminae atque maris, and so reminiscent of the Institutions of Justinian (1,9,1) , for which "Nuptiae sive is viri et mulieris matrimonium conjunctio."

In turn, Games, Medieval Castilian text of law to govern for centuries in Chile, after pointing out in the Prologue of the fourth game that men and women "were conducted an segund natural bodies," said that "Marriage is ayuntamiento husband, and a woman, when with such intention Bevir always one, and gift is departing "(Part 4, Title II, Act 1" That thing is marriage ");

5 .- The doctrine also has been understood that marriage can only take place between a man and a woman. Somarriva In Chile, in a book that is classic in the field, commenting on the meaning of Article 102 of the Civil Code, he notes that unlike equity contracts that no matter the sex or number of contractors, "in marriage, the parties may be two different sexes, given the aim pursued. And so essential is the difference of sex, this is not only a requirement for validity, but of existence "(Somarriva Undurraga, Manuel:" Family Law. "Nascimento. Santiago de Chile, 1963, pg. 19).

So universal has been the concept of marriage as the union between man and woman which is a well-known Spanish author of incorporation in his speech in 1995 at the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation, say: "To say that the Western model of marriage has always been heterosexual, that is so obvious that historically, on the evidence, argument has not needed any. It is now commonplace in the doctrine's assertion that the subjects of legal-marriage relationship is precisely a man and a woman. That is, what distinguishes the conjugal love of any other is its specific

character of sexual complementarity. " He adds: "logical consequence of the very notion of marriage, which is not only a bond of union between man and woman, but more properly a man and a woman bonded together through the integration of natural differences peculiar to the distinction sex "(Navarro Valls, Rafael:" Marriage and Law ". Tecnos. Madrid, 1995, pp.. 89-90);

6 .- That, in accordance with the provisions of Article 1, second paragraph, of the Constitution, which states that "[t] he family is the fundamental unit of society", article 1 of the Civil Marriage Act of May 17, 2004, the letter reiterates that statement and then adds that "[t] he marriage is the main base of the family."

Served, then the social importance of marriage, which is expressed in the purposes of Article 102 of Civil Code recognizes him, among which includes procreation, it is appropriate that the law reserves its celebration only to persons of opposite sex as only carnal union between them is, of course, can result in procreation, and exclude from its celebration of same sex;

7 .- That in this matter, the legislation is in conformity with international human rights treaties. For example, Article 23.2 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 17 of the American Convention on Human Rights recognizes "the right of men and women to marry," while the cast of the other rights used generic terms "everyone" or "human being" to refer to their owners;

8 .- That, bearing in mind that it is a matter of law regulating marriage, the same definition contained in Article 102 of the Civil Code of 1855 and kept in the Civil Marriages Act 2004, to reserve your only celebration people of different sexes can not be regarded as a difference arbitrary or capricious, but based on the differences between male and female, that the law, legitimately, has considered and can still be considered relevant to establish that the parties can only be a man and a woman, why settle for the constitutional guarantee of equality before the law and hence the judicial application of the contested legal provision is not contrary to the Constitution.

Individual opinion written by the Minister that it subscribes.

Concurring Marcel MINISTERS VENEGAS PALACIOS, ENRIQUE BELTRAN AND IVAN NAVARRO aRoster MALDONADO.

Mr. Marcelo Venegas Ministers Palacios, Enrique Navarro Beltran and Ivan Maldonado aRoster are proof that they were for speaking straight on the merits of the request deducted by the Santiago Court of Appeals, stating that it is contrary to the Constitution under Article 102 of the Civil Code, in the process of application for protection No. 6787-2010.

Based its decision on the rationale in paragraphs one through four of the ruling majority, with the exception of Minister Navarro Enrique Beltrán, which also coincides with the fifth, sixth and seventh, not endorse, any of those ministers, for the rest The majority vote, taking place and especially present, the following reasons:

1 .- The Constitutional Court opened the present process in order to hear and determine an inapplicable requirement as unconstitutional deducted by the Court of

Appeals of Santiago, within the Resource Protection No. 6787-2010, exercising the attributions confers No. 6 of Article 93 of the Constitution, once this requirement was declared admissible by one of its rooms, according to the provisions of paragraph eleven of the cited constitutional provision;

2 .- The aforementioned request of the Court of Appeals of the Capital requests that this Judicial pronouncements on "the applicability or inapplicability of legal principle laid down in Article 102 of the Civil Code, regarding the subject matter of this appeal is a copy protection attached ";

3 .- The subject of constitutional protection action in question is in accordance with the merit of the information submitted by the Court in the claim of the appellant, Mr Jaime Silva Alarcón, the Court of Appeals declared arbitrary, violating N # 2 of article 19 of the Constitution, the refusal by a Registrar-Recorder to access applications made by persons of the same sex, to give time to get married in Chile, to validate their marriage validly celebrated in Argentina, and to register marriage validly celebrated in Canada, "restoring the rule of law by ordering that they be given time for the marriage and proceed to the registration of marriages solemnized abroad, as appropriate";

4 .- It consists of the records submitted by the Santiago Court that the legal basis relied on by the Civil Registry has been, for the case of refusal to grant time to celebrate the marriage between them, made by Cesar Antonio Peralta and Hans Wetzel Harlod Arias Montero, Article 102 of the Civil Code, which states that "marriage is a solemn contract by which a man and a woman unite indissolubly current, and life, to live together and procreate and mutual aid, "and that, in case of refusal to register marriages between same sex held abroad, has been a breach of the requirement under Article 80 of the Civil Marriage Act, according which the marriage celebrated in a foreign country in accordance with the laws of the country, produced in Chile the same effect as if it were held in Chilean territory, "provided that it is the union between a man and a woman", precept Legal latter has not been challenged in the constitutional process and which, consequently, there is no pronouncement of this Court;

5 .- With regard to Article 102 of the Civil Code, legal precept effectively challenged only if it is true that, as argued by those who form a majority, the requirement may be inapplicable car lacks the precision and desirable foundation a Constitutional of this class-motif that is enough for them to get a description of it inidónea and discard the action brought by the Santiago Court, judges who subscribe to this particular vote we believe that, having declared admissible the request of the Court of St. James is more appropriate for us to rule on the matter straight is subject to our decision, considering that this is more compatible with the inescapable duty that falls on the Judiciary, and more consistent with his responsibility as head of the national constitutional conflict resolution , requiring him to promote greater legal certainty on the interpretation of the Constitution, that society deserves;

6 .- In undertaking this task is necessary, first, constraining the conflict within the terms that have been raised, namely whether the application of Article 102 of the Civil Code by the Santiago Appeals Court, in deciding whether is arbitrary or not the refusal of a Registrar-Recorder to celebrate a marriage between two men together, it is

actually contrary to the right to equality before the law, guaranteed by the N ° 2 of Article 19 of the Constitution, so that pronounced unenforceable, that legal principle can not be applied by the Court and requesting it be solved, regardless of the law, if these men may or may not marry each other;

7 .- As the constitutional accusation that threatens to condemn the application of Article 102 of the Civil Code in management that is followed in the Court of Santiago, the arbitrary legal precept that the book would incur the marriage contract only to persons of opposite sex excluding same-sex, it should be noted that such a requirement, for the quality of the parts that may enter into such contract, is an exception to the general rule applicable to all types of contracts, as enshrined in Article 1438 of the said body law under which any contract "each party can be one or many people," without regard to sex them. But this rule makes the ostensible sex of the parties is not the only exception that the rule regarding the question contains parts that can validly conclude the contract of marriage, it also prohibits each party is more than one person, "a man and a woman, "stated in Article 102, an issue that should not be indifferent to rule on the constitutionality of its application in deciding legal actions;

8 .- By entering these judges to resolve the matter under discussion have in mind the lush jurisprudence on the constitutional principle of equality that the Judiciary has developed, starting with the sentence handed down in the process Role 28, 1985 and reached its greatest extent, more recently, the judgments in the process roles 1254-09, 1287-09, 1399-09 and 1710-10. In its essential features the doctrine states that sitting there equality before the law does not require uniform treatment of all people, but allows the legislature to give different treatment to them when there is a significant distinguishing feature between different people or groups people fit and provided for the legal dispute is removed;

9 .- In this perspective, the challenged provision, to reserve marriage only to opposite-sex people can not be estimated that enshrines a difference arbitrary or capricious, it is ostensible that its foundation is in the natural differences between male and female that the law has been estimated legitimately relevant to establish differences, as, for example, labor and social legislation. Just as it is clearly reasonable and not arbitrary or capricious, that those who celebrate the marriage contract as defined in Article 102 of the Civil Code, be, precisely, a man and a woman, having regard to the purposes of this contract, established in the same rule in question;

10 .- It should also note that the legislature must provide a policy response to social realities, respecting the characteristics that make them up and configured. In the instant case the legal institution of marriage, although it may mutate in effect, regularly comes to stable affective union between man and woman. This is the reality that, until now, has had to address the Republican lawmaker from regulating marriage in the Civil Code of 1855;

11 .- The above reasons have also been considered by other constitutional magistracies. Indeed, recently the French Constitutional Court (Conseil Constitutionnel) to a similar situation ruled that the principle of equality does not preclude the legislature or differently regulating different situations, or repeal equality on grounds of general interest, provided that in both cases, the difference in treatment

is directly related to the object that the law sought, while maintaining the principle that marriage is the union of a man and a woman, the legislature has been estimated in the exercise of jurisdiction conferred upon it by Article 34 of the Constitution [French], that the difference in situations between same-sex couples and couples made up of a man and a woman can justify different treatment in terms of standards family law (Case 2010-92 QPC, from January 28, 2011). In a similar vein, the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) has ruled that the Federal Constitution says marriage in their respective features through the legislature, and in any case, it must obey the basic structural principles that permeate the marriage. Concluding that, according to the jurisprudence of this Court held, belongs to this the fact that marriage is a union of one man and one woman for a lasting life together (Case 1BvF 1 / 01 and 1BvF 2 / 01 of July 17, 2002);

12 .- With the rationale in the foregoing reasons we affirm that the marriage contract as defined in Article 102 of the Civil Code, also disciplined for numerous other provisions of the same Act and the Civil Marriage Act, among other laws that regulate from different perspectives is by its very design, historical and social in origin, by its appearance and its own purposes, an institution applies only to relationships formed by a man and a woman, not being admissible to conclude from this feature the institution of marriage itself as it is currently enshrined in the Chilean civil law, that the application of Article 102 of the Civil Code may be contrary to the Constitution as a basis for the denial of Civil Official celebrate the marriage of two men together. On the contrary, we believe that its application in this case is not contrary to the Constitution, and so must declare this Constitutional Court;

13 .- Now the judges who subscribe to this particular vote rejecting the constitutionality of the challenged application of the legal provision on the grounds that, as regards the conclusion of the marriage, the legal difference in treatment between opposite-sex couples and homosexual couples may, in itself, as an arbitrary discrimination against the Constitution, we must point out that our decision rests with a specific legal provision, Article 102 of the Civil Code, which is involved in regulating a reality entirely different from that make homosexual couples. Therefore, the trial does not show that, ultimately, was perceived as the primary basis of the reproach of arbitrariness that the appellants formulated protection enshrined in the difference of the Civil Code Article 102, which actually matters a comprehensive questioning the way it is currently regulated in Chilean civil law, the institution of marriage. This approach reveals that the bottom line is that while "in practice, heterosexual couples can choose between marriage. However, only homosexual couples can live together without benefit of any type of legal protection with the consequent inequality of rights that this entails. " (In the copy of the writ of protection, fs. 4 of this constitutional case);

14 .- Although our voting rule out the unconstitutionality of Article 102 of the Civil Code, neither confirms nor denies that the Constitution accepts, promotes, prevents or condemn the possibility that gay couples can live together and make a common emotional life protected by the order act, because the legislator, not the Judiciary Constitutional shape the new legal institutions to come and meet the needs of the progress of society, taking account of changes they experience in their constant evolution.

On the constitutionality or unconstitutionality of the legislative options that will eventually choose legislative powers in this way, these judges will be careful to advance an opinion since the caution that should govern the exercise of our ministry requires us to keep quiet about future conflicts, even if they are hypothetical as well try to offer to society, more completely, ensuring objectivity and impartiality that judges owe.

Individual opinion written by Mr. Marcelo Venegas Minister Palacios.

Concurring LADY MINISTER PEÑA MARISOL TORRES.

It prevents the Minister Mrs. Marisol Pena Torres attends the sentence, also bearing in mind the following considerations:

1 °. That the regulation refers to the family has, as stated in the fifth paragraph of the ruling, a constitutional basis for matters reserved to the law in accordance with paragraphs 3 and 20 of article 63 of the Constitution.

Notwithstanding the foregoing, and the concept of prevenient, marriage has at least two constitutional grounds is important to keep in mind when the legislature to fulfill its task of developing the regulation of such a union and its effects;

2 °. That, first, the second paragraph of Article 1 of the Constitution ruling that "the family is the fundamental unit of society" reaffirming the idea that the pathway through which a person enters society is precisely through the family. From this point of view, the family, as the natural intermediate, it is essential to preserve the social body.

Additionally, the family has a number of functions that have been conceived as "fundamental unit of society" and the State impose a duty to provide protection and favor their empowerment. This is distinguished, first, "a function of generational equity, characterized by the promotion of solidarity understood as diachronic intergenerational responsibility ancestors and descendants. Second, the role of cultural transmission, it is considered that the natural family education in the language, customs, religious beliefs, ways of relating socially legitimate and work. Third, the role of socialization, which refers to the provision of knowledge, skills, strengths and relationships that allow a person belonging to a wider social group, as it tends to coincide in their assessment as a community, insert a network of communities. Fourth, a role of social control, as it carries and radiates the commitment of its members to the enforcement of fair rules, the observance of precepts involving responsibilities of collective interest and attachment to the moral codes that promote virtue . Fifth, a role of the individual claim for itself by offering its members the respect, safeguarding and promotion of its value as a person, regardless of considerations of age, sex, economic power and influence of his integrity moral. "(Jorge Rubio Peak." Evolution and relevance of the concept of family. An appreciation of the positive impact of the dominant trends from the Chilean reform of marriage law.. "In: Journal Ius et Praxis, Year 17 , No. 1, University of Talca, 2011, p. 38);

3 °. That marriage between a man and a woman constitutes the essential basis of the

family protected by the Constitution, because many of the functions assigned to it are related to the purposes of the Civil Code the legislator assigned to marriage, but particularly with the child-bearing . Thus, the family consists of the stable marriage between a man and a woman not only contributes to other functions of marriage, living together and mutual aid, but is crucial for the survival and projection of the society through time, a prospect that surely must be taken into account by the legislator to regulate the effects of marriage. This, in other words, this regulation can not ignore the fact that marriage between a man and woman is essential to strengthen the family as the true core of a society that aspires to continue to exist through progressive renewal generations produced from that union.

Thus, the social significance of marriage as expressed in the aims assigned to section 102 of the Civil Code, set it as an institution, to which is assigned, among other functions, to procreate, that is, the entire process by which brings a new individual to the world (Dorland, William. Illustrated Encyclopedic Dictionary of Medicine. Editorial Elsevier, 30 th. edition, Madrid, 2005), which can only be achieved through the union of two cells, male and female such as those found in the sexual act between a man and a woman;

4 °. A second additional constitutional foundation linked to marriage is found in Article 5, paragraph two, of the Constitution which states that "the exercise of sovereignty is limited with respect to the essential rights inherent in human nature." This, after defining the end state or common good in the fourth paragraph of Article 1, to be built "with full respect for the rights and guarantees established by this Constitution."

5 °. The status of fundamental right of marriage can not be discussed, and sociological and legally. From the first point of view, because marriage allows men and women the natural complementarity of two different natures in favor of the projection of bond that is generated, as well as the achievement of the functions of the family to the marriage will result.

Legally, the Universal Declaration of Human Rights of 1948 states that: "1. Men and women from the age of puberty, are entitled without any limitation due to race, nationality or religion, to marry and to found a family are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at dissolution of marriage. 2. Only with the free and full consent of the intending spouses may contract marriage. 3. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State. "

Article 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights, meanwhile, says: "1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state. 2. The right of men and women to marry and to found a family shall be recognized (...). "

The American Convention on Human Rights stipulates, in turn, in Article 17 that: "1. The family is the natural and fundamental group unit of society and should be protected by society and the state. 2. The right of men and women to marry and to found a family shall be the age and conditions required by domestic laws, to the extent that they do not affect the principle of nondiscrimination established in this

Convention (...) ".

So no surprise that during the period of gestation of the Constitution, accomplished in the study group, several commissioners have referred to the nature of marriage as a human right (Mr. Ovalle in session No. 77, October 14 1974 and Mr. Guzman in session No. 83, October 31, 1974).

The Civil Marriage Act, 2004, also conceived of marriage as a fundamental right inherent in the human person (article 2, paragraph one);

6 °. That if the marriage between a man and a woman, besides being an institution, is an essential human right, its configuration or regulation must be the basis of the constitutional values and goals (Mary Martin Sanchez. "The constitutional right to gay marriage in Spain . Law 13/2003 of July 1, by amending the Civil Code concerning the right to marry.. "In: Journal of Latin American Constitutional Litigation, No. 13, January-July 2010, p. 261) . In Chile, between these fundamental principles is that of the family is the fundamental unit of society;

7 °. Thus, this prevenient believes that the regulation of marriage was sent to the legislature by the Constituent Assembly, bearing in mind not only the duality of right-institution, but based on constitutional principles and values that lead to consider the close connection between the marriage of a man and woman and family functions conceived as "fundamental unit of society."

A consistent interpretation and constitutional standards as a whole is therefore essential before a complex topic in itself. That is why the European Court of Human Rights, in its ruling of 24 June 2010, pronounced for Schalk and Kopf v. Austria, has held that "Article 12 (European Convention on Human Rights) does not impose on a Contracting States the obligation to ensure that same-sex couples access to marriage. Article 14 taken in conjunction with Article 8, provide a supply of a broader purpose and that can not be interpreted as imposing an obligation. "(Consid. 101).

From the aforementioned it follows therefore that even if the legislator is entitled to develop a fundamental right like marriage, can not do regardless of the values and principles enshrined in the Constitution expressly, by requirement of Paragraphs two and third article 6 of the same Constitution.

Individual opinion written by the Minister that it subscribes.

Concurring MINISTERS FREDES Francisco FERNÁNDEZ CARLOS SANTANDER CARMONA, JOSE ANTONIO VIERA-GALLO AND GONZALO GARCIA PINO QUESNEY.

Ministers are cautioned that Mr. Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo and Gonzalo Garcia Pino Quesney attend the sentencing, taking into account also the following considerations:

1. That several countries have faced decisions such as those corresponding to the Judiciary issue. They have done considering the one hand, the constitutional framework and, secondly, the existence of any regulation on civil unions;

2. That, in this sense, it is illustrative of the decision by the French Constitutional Council, in January 2011, in a case analogous to the instant case.

On that occasion the Constitutional Council ruled on a request unconstitutional two provisions of the Civil Code which exclude marriage between same sex. It resolved that under the French Constitution (art. 34) corresponds to regulate the state legislature and capacity of persons, matrimonial regimes and, in general, family matters, that the provision of marriage only between a man and a woman does not affect the development of personal and family life, for there in France other legal forms that allow and regulate coexistence between people of the same sex as the law establishing the Solidarity Pact, and that, by constitutional mandate, the responsibility Parliament the right system choice for the full realization of the people who have sexual preferences by subjects of the same sex. (C. 9, 2010-92 QPC, from January 28, 2011);

3. This reasoning agrees with the decision of the European Court of Human Rights in Schalk and Kopf case against Austria, June 2010, and as established by the Constitutional Court of Colombia in July 2011. In both cases it was noted that the right to form a family independent of the right to marry, and that family life can be developed outside the marriage, so the impediment of marriage for same sex people not in itself violates the right to raise a family.

The European Court of Human Rights held, moreover, that each country is free to decide whether the marriage should be only for people of different sex or, conversely, open to people of the same sex. What is a demand derived from international human rights instruments is that there is legal recognition of domestic partnerships, regardless of sexual orientation of the cohabitants. Meanwhile, the Constitutional Court of Colombia, in the above decision, urged the legislature to regulate marriages between same-sex couples, without arbitrary discrimination;

4. That these elements of analysis seem an appropriate methodology to address this requirement, so we will leave for her.

MARRIAGE VERSUS THE CONSTITUTION.

5. That it is, then, first, to examine the provisions of our Constitution.

In this regard, it should be noted that the Constitution does not refer to marriage does not define or set its properties. Even when they tried to enshrine its indissolubility within the Commission for the Study of the New Constitution (Session No. 191 of March 18, 1976), after much debate it was decided to leave out the issue of the constitutional text. The Constitution did not state whether the parties should be only a man and a woman, as they do other constitutions of South America such as Bolivia (Article 63), Paraguay (Article 49), Ecuador (Article 67), Colombia (Article 42) and Venezuela (Article 67).

Make a difference with the constitutions of other countries like Germany (Article 6.1) or Brazil (Article 226), because our Constitution does not bind the marriage with the protection of the family. Neither the Constitution reserves for contracting

heterosexual marriage, as they do other Constitutions of South America, as exemplified;

6. That, on the other hand, the notion of marriage in our legal system has evolved over time.

Indeed, under the 1980 Constitution, it is possible to see significant changes to the legal regulation of marriage and its effects. Since 1989, Law No. 18,802, ended with the husband's authority over the person of the woman and gave it even more intervention in the management of the assets of the marital partnership, being allowed to work without asking permission of husband in 1994, Law No. 19,335, it redefined the rights and duties between spouses and allowed to agree to the rules of participation in acquisitions as an alternative to the marital partnership, in 1998, Law No. 19,585, was dedicated legal equality of all children, regardless of their parents' marriage, and concerning the rights and duties towards the children, said the "best interests" as a guiding principle, in 1999, Law No. 19,611, was consecrated the constitutional equality between men and women, in 2004, Law No. 19,947, Civil Marriage was allowed and regulated the divorce, changed the grounds for nullity of marriage and regulated the separation, in 2008, Law No. 20,286, eliminated mandatory mediation and conciliation simplified the procedures for divorce or separation.

All this demonstrates the important changes experienced by family law, seeking more egalitarian relations between spouses, in relation to the property regime, the rights of all children, the recognition of the indissolubility of the bond, either because by mutual agreement or by the will of one spouse, as established by Law No. 19,947 of May 17, 2004. The same conclusion when analyzing legislation on adoption, food and household goods and the establishment of family courts, among other subjects.

The evolution is also observed in the Constitution. Thus, the Constitution of 1823 stated that the quality of citizenship was reserved for "any natural or legal Chilean who have reached twenty-one, or married, have one of" certain requirements (Article 11). Similarly, the Constitution of 1828 required as a prerequisite for being elected deputy to be married or have twenty-five years (Article 28). In addition, the constitutions of 1822 (article 4), 1823 (article 6), 1828 (article 6) and 1833 (article 6) required as a prerequisite to obtain Chilean citizenship through naturalization, being married.

All these references disappeared in the constitutions of 1925 and 1980;

7. That, as stated above, our Constitution does not bind the marriage with the protection of the family. The Civil Marriage Act itself, in the first paragraph of Article 1, states that "the family is the fundamental unit of society. Marriage is the mainstay of the family. "Noting that the marriage is the mainstay of the family, is recognized, a contrario, that is not unique, as is clear from the history of the establishment of that provision. Every marriage gives rise to a family, but not all families have their origins in a marriage;

8. That while our Constitution does not explicitly enshrines the fundamental right to marry, they do the International Human Rights Treaties in force in Chile. Article 23.2

of the International Covenant on Civil and Political Rights provides: "The right of men and women to marry and to found a family shall be recognized." Article 17.2 of the American Convention on Human Rights, for its part, states: "The right of men and women to marry and to found a family shall be age and the conditions required by domestic laws, in To the extent that they do not affect the principle of nondiscrimination established in this Convention. " The same happens in the Universal Declaration of Human Rights which in Article 16 states that "men and women from the marriageable age have the right, without any limitation due to race, nationality or religion, to marry and found a family are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution. Only with the free and full consent of the intending spouses may contract marriage. "

In interpreting such instruments should be noted, first, that they recognize the right for both men and women and notes that the regulations of each state can not be discriminatory. None of them states that recognize marriage only men "with" women or vice versa, even though an original interpretation denied such diversity.

Second, the determination of these rights must be regulated by the internal laws of each country, being in the sphere of the legislator to establish the rules of capacity, consent, other requirements and effect form of celebration of marriage.

Third, that to develop such legislation, the International Human Rights Treaties require the recognition of a standard that states can not ignore to adopt regulations on the subject. In this regard, it should be borne in mind that the rights enshrined in these instruments should be interpreted according to the principle of pro and pro homine libertatis and in no case, so that means a limitation on extensions of the same rights that States may establish;

9. That, consistent with those treaties, the legislature has designed marriage as an essential individual right. Thus, Article 2 of Law No. 19,947 provides that "the right to marry is a fundamental right inherent in the human person, if it is old enough. The provisions of this law establishes the requirements to ensure the free and full consent of the intending spouses. " In this regard, it is clear that everyone has the right to marry or not;

10. Which, being regulated by law, marriage acquires the status and strength of these norms. This implies, first of all, that a law can be changed. The laws, according to Article 63 of our Constitution, approved, amended or repealed by other laws.

Then, this implies that we can not constitutionalize the established legal precepts. The Constitutional Court interprets the Constitution, but not create it. You can not give constitutional status to standards set by the Legislature, not the constituent power. The Constitution provides its own mechanism for incorporation of standards to your text. This mechanism must be complied with by all state bodies, including the Constitutional Court, who also must "submit their action to the Constitution" (1284/2009 Role STC).

Also, as argued in this statement, we can not distort the use of inapplicability. The Court does not resolve one based on an inapplicable legal standard, the legal provision is the subject of consideration, but not its referent. Laws can not be examined at the

same time, standard and norm examined examinee. In this appeal is prosecuted a legal standard in its confrontation with the Constitution, not a law (1284/2009 Role STC).

Nor can we give an absolute value to a law, in circumstances where there may be other pointing in a different sense or contradictory. There is no constitutional option to erect a particular model of heterosexual union. If the constituent is neutral against the preferences of the legislator when defining marriage, this Magistrate can not close that option. If marriage today is between a man and a woman, not because I say or required by the constitution, but the law.

Finally, we can not equate a legal one constitutional concept. This may stiffen so the constituent left open to the legislative setting, preventing their adaptation over time;

11. This same interpretation is expressed in several motions seeking to enshrine in the Constitution that marriage is only possible between a man and a woman. In one, initiated by the present Ministers Andrew Chadwick and Paul Longueira (Bulletin No. 7656-07), states that *"the estimated original constituent (sic) unnecessary to say that marriage will always be the mainstay of the family and this can only be entered into between a man and a woman."* In another motion, initiated by Senators Chahuán, Horvath and Prokurica, argues that our Constitution "should include, explicitly, that marriage is between a man and a woman."

This is expressly recognized that at present the restriction of marriage is not in the Constitution, but by law;

12. That, of course, under Article 63, No. s 3 and 20 of the Constitution, a matter for the legislator to determine the regulation of marriage, their requirements, formalities and effects, while respecting fundamental rights and without establishing arbitrary differences. It is a matter of coding that establishes the civil one of the essential foundations of family law, the standards, along with regular relationships between people in the area of privacy, have a dimension of public policy that the difference other civil law;

13. That, finally, can not be estimated that our Constitution provides an institutional guarantee of marriage, since, as noted above, the Constitution does not contain a constitutional rule about marriage with certain content and because it protects a particular model of family at the expense of others.

The institutional guarantee is invoked to preserve the immutability of legal status or the immutability of essential aspects of it.

However, it should be noted, first, that in our legal marriage is a complex legal status is supported fundamental rights of people in our law, were set up giving ample space for determining the legislator.

Second, in a context like this, it is understood that the "institutional guarantees" are those that the Constitution gives to an organization or institution, for safekeeping by limiting the interference of the legislature (Bath León, José María, "The distinction between the fundamental and the institutional guarantee in the Spanish Constitution, "Spanish Journal of Constitutional Law No. 24 (September-December), 1988, p. 155

et seq.), which is not the case here.

Against this, it should be noted, according to Peter Haberle, "The family and marriage also need many other fundamental rights. Enough to recall, in particular, property and inheritance rights as guarantees of the material basis of both. Family and marriage are, on the other hand, instruments of realization and protection of personality, which give direction and support beyond security. " (Haberle, Peter, fundamental freedom in the State Constitution, Pontificia Universidad Catolica del Peru, 1997, p. 65).

Therefore, we are faced with the idea that protection of the core elements of an institution like marriage, can not be achieved except through the essence of safeguarding the rights of its members. Therefore, the legislature, in its regulation of marriage, if would affect fundamental rights, in this case, rather than violate an institutional guarantee, would lack the duty to respect the essence of those rights, under the provisions of Article 19 N 26 of the Constitution;

THE FAMILY IN THE CONSTITUTION.

14. That, on the other hand, the Constitution does not define a family model. Referring to it in Article 1, second and fifth paragraphs, says: "The family is the fundamental unit of society. (...) It is the duty of the State to safeguard national security, to protect the population and family, promote the strengthening of this, promote the harmonious integration of all sectors of the nation and ensure the right of individuals to participate with equal opportunities in national life. "(emphasis added);

15. That, as is clear from the wording of the provisions transcribed, the Constitution recognizes that "family is the fundamental unit of society" and that "it is the duty of the State (... ..) to protect the population and family (...). " The first provision is a finding sociological, anthropological and historical, while the second matter to formulate a legal principle which translates into a duty of the State. Neither rule refers to a single type of family well-defined contours. It provides a sort of discrimination between the family founded on marriage legally held and the various forms of de facto families. The Constitution protects all types of family;

16. That the same conclusion when analyzing Article 19 No. 4 of the Constitution, which enshrines the right to respect for private life and the honor of the person and his family. The protection of this right is not subject to the legal celebration of a marriage. A criterion of this nature would violate the essence of the right to establish a requirement that would deny a fundamental right to a portion of the population. The family honor is being protected is comprehensive and without borders;

17. That this is reasonable considering that the family is a union of individuals in which individuals develop their intimacy together. Moreover, as history shows, the family has evolved profoundly to this day, as can be seen, for example, a simple reading of Article 815 of the Civil Code. The family concept that the Constitution transcends coined by the Civil Code. This is recognized by the social and legal sciences, especially by scholars of family law.

The constitutional statements referring to the family are structured indeterminate and open, leaving the task of the law setting up the institution to go under the social and

cultural evolution of society. This is because societies change and the family being the nucleus basis of it, is also evolving. The family appears universally as a fact of life whose meaning, though obvious, has characteristics that vary in space and time. This explains for example why the civil rules have evolved that regulate against the constitutional requirements (Tapia Rodriguez, Mauricio: "constitutionalization of family law (s). The Chilean Case: The rhetorical constitutional claims against the slow evolution social ", Journal of Private Law Chilean Fernando Fueyo Laneri, No. 8, 2007). Otherwise, these rules may be outdated or become outdated;

18. That this also is consistent with a systematic interpretation of the Constitution. The above rules should be supplemented by the provisions of Paragraph four of Article 1 of the Supreme Law, which states that "the State serves the human person and its purpose is to promote the common good, which should help create the social conditions that enable each and every one of the members of the national community to greater spiritual and material as possible, with full respect for the rights and guarantees established by this Constitution. "(emphasis added), and with what the Constitution says by stipulating that the state should "promote the harmonious integration of all sectors of the nation and ensure the right people with equal opportunities to participate in national life."

In turn, develops family law principles and constitutional standards and regulates the relations that constitute it: the relationship, the partnership and the rights and duties among its members. When it strikes a balance between privacy and public interest institution committed to their protection;

19. International treaties on human rights did not establish a unique model of family. In this regard, Human Rights Committee UN has stated that "... the concept of family may differ in some respects from State to another and even between regions within a state, so it is not possible to give a definition uniform concept ... "(General Comment No. 19, General Comments adopted by the Committee on Human Rights, 1990, UN Doc HRI/GEN/1/Rev. 7 at 171);

20. Just as we have indicated that it is possible to recognize a constitutional marriage, neither can about a particular model of family.

This explains why the Chilean legislator and the administrator have recognized various forms of family.

On the one hand there is the traditional family based on marriage, to which they refer to as the Civil Code can, in general, the legislation.

Second, are the de facto families or partners. For them there is a set of rules that give them legal recognition and protection. For example, the Penal Code is used in Articles 11 No. 4, 259, 367 bis, 369 and 390. The Code of Criminal Procedure refers to the coexistence in Articles 108, 177 and 302. But beyond the criminal dynamics, can also apply for a grant to buy or build housing, as provided by Supreme Decree No. 174 of 2005, the Ministry of Housing and Urban Development.

Third, single-parent families are recognized in the Adoption Act (No. 19 620) in Article 21 or Article 195 of the Labour Code. They are also susceptible families the

right to housing benefit or are active subjects of public programs such as the Women Heads of Household.

And fourthly, there are stepfamilies formed after marriage or cohabitation breaks here and in the context of new relationships legally recognized. For them also the legislator is responsible for regulating issues such as custody of children, property issues, etc..

So do some international conventions. For example, the Convention on the Rights of the Child speaks of the "extended family" (section 5);

21. That also should not forget that currently the majority of children are born in the context of non-marital. Likewise, the percentage of persons living has grown in recent decades and have increased parent families.

For its part, the relationships between family members have changed: while before there is a marked man's head, now headed by women has increased and the same Civil Code has been amended to recognize the equality of rights between men and women in marriage.

An analysis of the jurisprudence of the Courts of Justice shows that for decades it also has recognized the rights, especially property, arising from the coexistence of two people. Consistent with this, various laws have as well, going a step further by considering the legal effect of the relationships established between cohabitants, as, for example, the Domestic Violence Act, the definition of parricide, in some legal bodies established benefits (Barrientos, Jaime De facto unions. legislation, doctrine and jurisprudence. Legal Publishing, Santiago, 2009), Turner, Susan: "Unions of fact and its legal regulation," in Studies Civil law, in Guzmán Brito, Alejandro, Civil Law Studies, LexisNexis, Santiago, 2007, and "de facto union as an institution of family law and personal regime", in Ius et Praxis, Talca, No. 1, 2010).

It should be remembered that this same Judiciary, referring to the crime of parricide and analyzing recent legislation, considered that the coexistence is comparable to marriage in certain circumstances. Role In Case No. 1432, paragraphs 36 to 38, said:

"Thirty-sixth: That, on the other hand, reliable history of the provision is explicitly intended to assimilate cohabitation to marriage in relation to the assumptions and consequences generated by intimate partner violence (see Report Family Committee of the House of Deputies, third constitutional reading, discussion of Article 5 Report of the Joint Commission, Discussion on Articles 2 and 14). This allows us to further circumscribe the notion of coexistence, as it relates to marriage, thirty-seventh: That in this regard should be borne in mind, moreover, that the legislature has used at least since 1940 the concept in various regulations, either gives legal positive coexistence, as ownership rights, claims, judicial, economic benefits or pensions (Law No. 16,282, on earthquakes or natural disasters, Law No. 19,696, which introduced the Criminal Procedure Code, Law No. 19,968, which creates family courts; Law No. 19,980, which extends the benefits of Law No. 19,123 on repairs, DFL N° 1, 2003, the Ministry of Labour, which set the revised Labour Code), as well as the foundation of obligations for cohabiting (original text Law No. 14,908, on abandonment of family and alimony payments) and even in other criminal law (Law No. 19,617, which amended the rules on sexual offenses, Law No. 19,927, which criminalizes child

pornography), Thirty-eighth: That, finally , we must remember that there is a judicial interpretation and very solid doctrinal meaning. Indeed, the term "cohabitation" (formerly "concubinage") is used for several years and has been the subject of numerous judicial pronouncements. Of course, our Supreme Court has used these concepts since 1904 (Diaz Vargas Carvajal, Judgement of 16 December, Journal of Law and Jurisprudence, T. II, sect. 1st, pg. 227), and has given effects and legal recognition of this relationship as an institution that has a place in private law. The legal effects of recognition by the judges to coexistence is a constant in our civil law (Ramos Pazos, René, "Family Law", T. II, 6th ed., 2009, pp.. 627 et seq.) Its elements, according to the specialized doctrine are, first, an objective element (corpus), living together, and on the other hand, a subjective element (affectio), the consciousness of sharing life together. This binding is characterized as legitimate (appropriate to the legal system), notorious or public in nature and possess affective sexual content (Vergara Donoso, Florence, and Rioseco Lopez, Andrew, "Concubinage to the Chilean case," Santiago, Lexis -Nexis, 2007, Barrientos Grandon, Javier, "De facto unions", Santiago, Lexis-Nexis, 2008, pp. 28. 51, and Ramos Pazos, René, op. cit., pp.. 627 and 628, and the numerous cases cited by these authors). "

In turn, the jurisprudence of parricide depth judges understood that the concept of cohabitant includes extensive form, the one attached to another living in a homosexual relationship (Judge Coquimbo Guarantee No. 7997-2008 RIT cause e Court of Appeals of La Serena Role in cause No. 373-2006);

22. That, consequently, the State must protect not only the family founded on marriage, but that duty also extends to de facto families, whether they are formed by a heterosexual couple or not.

Therefore, there are various models of the family protected by the Constitution and because the marriage is not the only way to form a family, there is, then, reason to believe that it affects the State's duty to protect the family if the law restricting marriage only to persons of different sexes;

EQUALITY AND ARTICLE 102 OF THE CIVIL CODE.

23. That our analysis would not be complete if we take a step further in our review of constitutionality. In addition to the regulation of family and marriage and the finding of lack of regulation of domestic partnerships, then examine the matter referred to our knowledge in the light of equality before the law and the right to privacy and free development of personality;

24. That equality is a principle that informs the entire legal system, in which "constitute basic principles and values that pervade binding the whole constitution of a humanistic purpose" (STC 1185, C.11). Therefore, equality is a permanent pressure on the legal and social system, is a constant challenge to devote greater material justice in a social and cultural context where significant inequalities still exist.

In turn, this is a fundamental right that "*recognizes the ownership of every person on the juridical equality, which is enforceable against any recipient and implies the right not to be discriminated against for reasons of a subjective or others that are relevant*

correlated with the consequent mandate for state bodies or authorities and individuals the prohibition of discrimination. "(Nogueira, Humberto: *Fundamental rights and constitutional guarantees*, Volume 2, Librotecnia, Second Edition, 2008, p. 223);

25. That's right not to be discriminated arbitrarily basically generates a relational matter: the test of equality must be considered with other people, cases, situations or other fundamental rights. In this regard it is noted that: "Equality means a relational concept, not a quality of a person, an object (material or ideal) or a condition whose existence can be affirmed or denied as a description of that reality considered in isolation; is always a relationship that exists between at least two people, objects or situations." (Rubio Llorente, Francisco: *The form of power*, Center for Constitutional Studies, 1993, p. 640). "Indeed, equality is only possible to understand and conceptualize from the existence of other right holders of the same subject, so that it becomes necessary to determine with whom fall into the category of equality and who in inequality." (General Secretariat of the Presidency: *Constitutional Doctrine of President Ricardo Lagos Escobar (2000-2006)*, Volume I, LOM, 2010, p. 389);

26. That pursuant to repeatedly held by this office, the control parameter of equality is the trial of reasonableness. "Reasonableness is the standard or yardstick for assessing whether or not it has violated the right to equality before the law guaranteed by Article 19 No. 2 of the Constitution. In this way, the guarantee of equality before the law does not preclude the legislation provides for different treatments for different situations, provided that such differences do not matter distinctions or undue favors to individuals or groups (STC 1365, C. 29, STC 28, STC 53, STC 219, STC 1138, C. 24, STC 1140, C. 19)";

27. That the above is relevant, because it must be taken into consideration that the categories "sex" and "sexual orientation" correspond to the categories called suspicious of discrimination affecting the trial of reasonableness. When they are used, it reverses the presumption of constitutionality enjoyed by the legislature under the principle of deference, and that may affect members of minority groups people more vulnerable because of a history of discrimination. This requires more stringent examination of reasonableness. This follows from Articles 1 and 19 No. 2 of the Constitution, which state respectively that all persons are born free and equal in dignity and rights and that men and women are equal before the law. For its part, the same approach is used by the Civil Code, in defining what is meant by person (Article 55), and the Labour Code (Article 2) and the Administrative Statute (Article 17), regarding equal access to work and public service, respectively.

In addition, the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2.1, it is argued that the State must respect and ensure that individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the Covenant, and notes immediately, "without distinction of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status", thus identifying a set of criteria suspected of discrimination, found between sex and sexual orientation is understood. So does the American Convention, Article 1.1, noting that the State undertakes to respect the rights and freedoms recognized in the treaty without discrimination principle is reinforced in Article 24 of the Convention, which enshrines equality before the law. This is reinforced by the provisions of the

Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, Convention of Belém do Pará and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

As this Court has held, the use of these criteria can be transformed into a suspicious category contrary to equality before the law when he revealed the "purpose of hostility against a particular person or group of persons" (STC 986/2008 Role, Role STC 1414 / 2010);

28. That, as noted, the legislature has recognized the legal effect of the relationships between same-sex couples, especially for punitive effects. However, our legal system does not include any explicit and comprehensive regulation of such unions. When excluding the public projection of a homosexual relationship through the mechanisms that determine the legislature, is being held, directly or indirectly, that is a kind of poor quality relationships, unable to give rise to a clear set of rights and duties. The omission of the legislator creates a serious vulnerability and vulnerability to unions of same sex.

Since a while now there have been several bills intended to fill that void and put an end to a lack of compliance with the State's duty to provide protection and recognition to such retreats;

29. That spring the legislature will check how deep and widespread that recognition should be legal. For the legislative authorities shall decide the issues are regarding social and moral conflicts of our time, ending with a deficit of existing regulations, and respecting the constitutional rules and principles. In this task the legislator should avoid all forms of arbitrary discrimination or prejudice in the dignity and rights of people, even should strive - as stated by the Constitutional Court of South Africa in a similar case sub lite - that the principle of "equal but separate ", which was the basis of apartheid has no application in family law because of the sexual orientation of subjects (CCT 10/04, 12.01.2005);

PRIVACY AND FREE SEX PERSONALITY DEVELOPMENT.

30. That, as we stated above, Article 19 No. 4 of the Constitution protects the sphere of family relations, the mutual coexistence of affection, interpersonal relationship, acts of love and sex, among other behaviors. As stated by the German Constitutional Court, sexuality is part of private life and everyone has the right to determine their sexual definition and develop relationships with third parties respecting their freedom and psychological maturity, as established by law (the First Room December 21, 1977, in Schwabe, Jürgen (editor): Fifty years of constitutional jurisprudence of the German Federal Constitutional Court, Legal Pub Gustavo Ibanez, Bogota, 1982, p. 180 et seq.)

However refer to the privacy, some of these acts are projected on the public dimension when they give rise to stable relationships that can acquire the basic features of the family. A clear manifestation of this public recognition made by the State is the creation of specific legislation so as to ensure the free development of personality;

31. That while there has been uneven jurisprudence on the constitutional recognition of the right to free development of personality, this Court can not deny the obvious. This right derives from the wording of Article 19 No. 7 and other provisions of the Constitution. Article 1, paragraph one, recognizing the dignity, article 1, paragraph four, saying it is the duty of State to create conditions that enable people to achieve greater development and spiritual and material possible. This clause has been understood by this Court as the "duty (which) covers the protection of legitimate individual interests should be understood within a broad approach to the concept * right *. Thus, legal responsibility to consider both the defense mechanisms such rights or individual rights itself, the legitimate interests of effective protection which also favors the free and full development of personality "(STC Role No. 634, C. 21 °). The same Article 19 recognizes other fundamental rights, which require the free development of personality, such as the right to religious freedom, the right to privacy, freedom of speech, individual liberty and security, among others. In this regard, the Court has held that "respect and protect the dignity and privacy rights of life and communication are essential basis of the free development of personality of each subject, and its manifestation in community through autonomous intermediate groups that society is structured "(STC Role No. 389, C. 21 °, and Rol No. 433, C. 27 °).

The Constitution also makes an indirect reference to this right in article 19 N ° 10 °, saying that education is "to the full development of individuals at different stages of his life."

On the other hand, Article 19 N ° 7 ° is directly linked to Article 4 of the Bill of Rights of Man and Citizen of 1789, according to which "freedom consists in being able to do everything that does not harm others" . To this, Article 5 adds that "the law does not prohibit more than the actions harmful to society." Why were related rules? For two reasons. Because it is unreasonable to the absence of a constitutional provision that guarantees personal self-determination all the scaffolding that supports the personal and public freedoms. And on the other hand, because the rule limit the freedoms around hurting others is explicitly present in Article 19 No. 7, letter a), that is, being a "once saved always the injury of others" ;

32. That, consistent with the above, people are free to live as a couple and are entitled to establish family ties. The State must recognize this reality, give respect and protection. As pointed out by Colombia's Constitutional Court, without prejudice to Article 42 of the Constitution of this country, "there are no reasons worthy of consideration that would sustain that among the partners of the same sex can not be preaching the affection, respect and solidarity that inspire their common life project, intended to be permanent, or that these personal conditions only deserve protection when they profess between persons of different sex. " (C-577/11);

33. That the exercise of sexuality and family life should not only be protected in the area of privacy, but its manifestation is deeper, as rooted in the personality, or the constitution of a person as such and its concrete expression to give rise to public recognition made by the legislature in the case of a free and stable union. That is the mandate of Article 19 N ° 7 of the Constitution.

In this dimension the introduction of a cultural view on minority groups historically adverse vulnerable, as is the case of homosexuals, it is important to ignore that it is a freedom that is exercised without harm to others.

The legislature itself has concurred to change this reality in a short time transforming discriminatory actions that were defined as a crime, to be now part of a right.

In this regard, we recall the argument of the judiciary itself in order to consider the regulatory differences in the light of the principle of the common good. "The differences and discrimination between people are not, by itself or per se, inconvenience or contradiction in the text of the Constitution if they have a solid foundation for the common good, the main objective of the State's existence. Moreover, in some cases such differences, some provided by the same constituent, can be a healthy solution to conflicts, emergencies and general welfare requirements "(STC 280, C. 20 °);

Corollary.

34. That, in determining section 102 of the Civil Code that marriage is a solemn contract that can only take place between a man and a woman establishes a legal definition. Nothing prevents that from the constitutional point of view, the legislature changed this rule;

35. That to effect such change or to regulate the coexistence of people of the same sex, the legislature must consider all people, regardless of their sexual orientation, enjoy the dignity and freedom to develop his personality as well as protection that the State must provide your personal and family privacy.

Sexuality is part of the privacy and is a manifestation of the right to free development of personality, as recognized by the German Constitutional Court claiming that everyone has the right to determine their sexual definition and its relationship to sexuality, respecting the dignity and freedom of others.

People are free to live in pairs and form family ties. The State must recognize this reality, give respect and protection, keeping account of the rights of people and the constitutional principles and, therefore, without making any difference that could be arbitrary;

36. To legislate on the matter is even more imperative in our country against the regulatory gap that exists today. This legal uncertainty makes the unions, especially same-sex couples, exposing them to situations of impairment and distress. There is at this point a legislative oversight and a lack of protection that must be remedied promptly. There is a clear tendency to regulate these situations in different countries;

37. That, however, we must make it clear that the responsibility of the Parliament, and not the Judiciary, pass laws for regulating some form of civil union between two people regardless of sexual orientation, and even opening the institution of marriage to persons the same sex, if you wish.

Individual opinion written by the ministers who sign.

DISSENTING MINISTER Vodanovic Hernán Schnake.

Case agreed to vote against the Minister Hernán Vodanovic Schnake, who was for hosting the inapplicability action brought for the following reasons:

I. On the way.

Not share the view that disqualifies the admissibility or merits of the action, as, by its exercise, be reformulated a system of rules in a comprehensive way, redefining the institution of marriage, and sin not decisive application of the rule objected to by the absence of constitutional challenge to other rules governing the matter.

Of course, the first effect is usually to exclude the application of a rule-in finding unconstitutional consequences, causes, whether it is the core of an institution. How else explain, for example, the declaration of unconstitutionality of the DL 2695-which brings with it the exclusion of the regularization scheme of titles, or the provision of Article 206 of the Civil Code, on aspects of parenthood, which allows a private action exercising the application of the precept. Whenever a provision unenforceable based on a reformulation of the system is a system of rules, in relation to the specific legal position that the case is concerned. By the nature of the inapplicability, whose statement concerns only part of the trial, this reformulation is given in respect of a particular legal relationship, subsisting legal status contested in the general scheme.

On the other hand, must be regarded as the decisive application of the rule, which collects the Constitution, implies consider fundamental, important, but not unique, as seems to be claimed. If other provisions are linked to the case are not rebuked, the judge applied an interpretive analysis that allows you to decide the issue. Judiciary is not responsible for the previously excluded the application of a standard unique because it has reported another task that lies with the parties or interested in a non-inquisitive.

Finally, the advisory nature that often assumes the request of the judge in the case of I. Court of Appeals of Santiago, and doctrinally preferred, invited ruled on the merits of the proposal, regardless of formal rigor, especially if one looks at the social importance of the issue capital.

II. On the merits.

Share and subscribe to the basics of prevention of Ministers Fernandez Carmona, Viera-Gallo and Garcia, except as set forth in paragraphs 2, 3 and 22 (final section). However, for these reasons

and those expressed below, I believe that the requirement should be accepted and declared inapplicable section 102 of the Civil Code sublite management.

1) .- In 1857 (Scott v. Sandford), the U.S. Supreme Court with an original interpretation, declared slavery under the doctrine of its basic texts. Only after several decades to consider this unfortunate decision, which contradicted the civic conscience of his time.

A law can fit perfectly constitutional legal system when it is issued, as with the Civil Code Article 102, part of the text which dates from 1855. A century and a half later may contradict the values, principles and fundamental rights enshrined in the Constitution, as they are knowledgeable about this another time.

Therefore, the Constitutional Court of South Africa (December 1st sentence of two thousand five) when the clause invalidated the matrimonial heterosexual, able to assert that "as conditions change humanity and ideas of justice and equality evolve The concepts of rights also acquire a new texture and meaning. The horizon is unlimited rights as are the wishes and expectations of humanity. What yesterday was regarded as fair by law, is now condemned as unfair. " When it adopted the Universal Declaration of Human Rights, colonialism and discrimination were seen as natural phenomena, embodied in the laws of civilized nations considered blessed by many religious leaders at the time of his complaint. Patriarchy, at least as old as most marriage systems advocated by having support in a biological fact and condoned by many religious leaders, is no longer accepted as the norm, at least in large parts of the world. Severe castration of women and children was condoned by the family law and international law instruments at the time, but today is considered intolerable. Similarly, although many of the family values have remained constant, both the family and family law have changed dramatically "(paragraph 102).

It is not, then, to investigate only the intention of the Constituent Assembly, but to recognize what is the orientation and sensitivity prevails today, how to resolve differences or conflicts of values and principles at this time and what are those who hold pre-eminence.

Thus, in our country a range of matters that once one observed from the point of view of their conformity with the Constitution, at one time have been questioned. Take, by way of example, the arrest on suspicion, film censorship, the secret of the record in criminal proceedings, the prohibition of homosexuality in some institutions, domestic service "indoors."

In family law, in particular, there are institutes whose disappointment with the constitutional principles gradually has hinted (differences between legitimate and illegitimate children,

custody exclusively for a parent, incapacity of married women under the regime of conjugal partnership , etc.).

To check, once again, how it changes with the times right perception, transcribe these passages, no doubt painful in a contemporary reading of the message-our reputed Civil Code:

"The quality of a legitimate child is one of the most important civil right created. How, then, left to the mercy of testimonial evidence, so easy to forge, if not the lives of parents, at least after his death? Penetrate the law in the darkness of these illegal connections, and will confer the right to establish for themselves the presumption of paternity, which is the privilege of marriage? A flesh trade, vague, uncertain, nothing guarantees the fidelity of a woman who has been degraded, is it a principle of legitimacy, but did not substantiate the trial of the father? And assuming that he creates his illegitimate offspring, will have to legitimize a child of bad habits, and will be placed on the alternative of not marrying or entering in your family a germ of immorality and depravity? And the child for him, do go against their will to participate in the degradation of others, and put the management of their assets in the hands of a man lost? ".

Do not forget that the analysis should not focus on the concept of marriage in 1855, but in today, and compatibility with the Constitution is not 1833, but with the political context of 1980, substantially amended several times in particularly in 2005 - as currently perceives its content and meaning.

2) .- If we analyze the foundational arguments of exclusion from marriage between equals, be advised that the only constitutional principle (or legally protected) is invoked the sanctity of the family.

In contrast, the principles and rights are put forward to defend freedom, equality and dignity, as well as all the rights of personality.

On one side are considered as basic constitutional provisions deserve privileged shelter, such as "the family is the fundamental unit of society," "the State recognizes and protects the intermediate groups and ensures adequate autonomy to fulfill their own purposes" and "It is the duty of the State to protect the family", and tend to strengthen them.

On the other hand, are classified as critical mandates that "people are born free and equal in dignity and rights", that "the State serves the human person and its purpose is to promote the common good, which should help create the social conditions that enable each and every one of the members of the national community to greater spiritual and material as possible "and that" it is the duty of the

State to promote the harmonious integration of all sectors of the nation and ensure the right of people with equal opportunities to participate in national life. "

No doubt, for its protagonists, marriage between same sex expresses the full realization of the values of liberty, equality and dignity. If you understand that there is opposition between the exercise of such rights and the protection of the family, a reasonable weighting of the conflict can only give prominence to the dignity and human rights of people over the interests of a social institution, for transcendent she is respectable.

3) .- Whatever may be said, the resolution of the matter is to consider homosexuality. Is this, like all sexual orientation, deserves to be recognized and protected or, conversely, a negative condition, the object of censure and reproach. In the long historical discrimination, at least it has already passed its qualification as a crime (sodomy) to its simple quality estimate as undesirable, a social virus should not spread. In societies culturally backward, does not come even when the tolerance of pure difference. Therefore, the legal rule is so important to state positively that distinction, as has been already called race, gender and disability.

In this matter, underlying prejudices and motivations are not explicit, long-standing. Below the logical argument, it hides some idea of homosexuality, which in turn has set as a perverted strain, illness, or, finally, a "disorder" of nature. Therefore, in order not to leave any exposed flank, lunges even against the concept of "sexual orientation"-widely recognized in international law, human rights, attributing an "ambiguity (which) has resulted in other nations, distortion of sexuality and family foundations, as well as a serious threat to the exercise of many freedoms, including the religious "(recent declaration of the Christian Churches of Chile).

Unambiguously (see written NGOs. ISFEM, at page 212 et seq), is described homosexuality as an "anomaly which is the deviation of the affective-sexual attraction," the result "of a poor psycho-sexual development, where the person is not enough psycho-affective maturity "as a condition" curable "and proclaims that it has reached alarming conclusions about the link between sexual activity and pedophilia, warning" that gay people experience more often than general population in a more deteriorated health "(higher rate of mental illness, sexually transmitted diseases and suicidal tendencies), and" major risk behaviors in their relationships "(more promiscuity, higher rate of relationship breakdown, high rate relations with minors).

In the same vein, it is considered as a wrong position and discriminatory homosexuality hold different moral treatment (positive), "given that closes any possibility of reversing the trend." He argues that "the law should not protect any human relationship, but the essential values that involve community organizing," denying the homosexual fundamental freedom that characterizes the human person and gives it its particular dignity.

As you can see, all this reasoning offends human dignity and gives the subject of a different sexual orientation, degrading treatment.

Such is the weight of prejudice that homosexual discrimination at any time, has tended to be reclusive and do not explicitly assume its condition, a well-founded fear of assault (typical cases are those of the poet Federico Garcia Lorca, who made only ostensible orientation in the last years of his short life, and Gabriela Mistral, which only comes to be revealed, not without trembling protests-in posterity). This has been coined the phrase "coming out" to describe the public ownership of the homosexual condition, an industry applauds the moral fortitude shown, and another fails, for the discomfort it causes your advertising.

In a recent survey (Public Opinion Research, University of Development, June 2011) states that 71 percent of men interviewed in Chile is much discrimination against homosexuals. The focus-on what matters to this cause is whether the prohibition of marriage between equals or reinforces the above prevents discrimination. The answer seems obvious.

4) .- However, the exercise of homosexuality different anthropological views are opposed and doctrinally opposed views. That is, it is an ideological debate. And the Constitution, of course, expresses the hegemonic value system of each period, the interpreter must therefore choose or prefer the conclusion that is consistent with the fundamental principles protected by it, as he perceived them at the moment.

On homosexuality history does not record a single view. The tolerance of the practice in ancient Egypt, Greece and Rome led in later times, in Western society, to intense repression. It can be said without doubt, which is overcome today-on, at least formally, wage exploitation and other forms of servitude, racial and gender discrimination, disability discrimination, one of the sharpest one minority. Only discriminatory on a par with another phenomenon peculiar to our civilization, which affects the immigrant.

Like all discrimination, this is the consequence of a certain power structure, which serves and supports. Therefore, in contrast holds that "the judicial and legal recognition of gay couples involves the construction of a new social order characterized by an absolute individualism," arguing that "if the law dispenses with any reference to anthropological and therefore also ethical focus exclusively on the freedom of individuals. " It adds that "the social legitimacy of homosexual relationships would be a real change in our cultural frameworks. And if indeed they are so important for the formation of identity (of limited relevance), alteration will never be safe. This is exactly the point at which to ponder: How will society if homosexuality and heterosexuality are beginning to consider two options as equally valid and equally valuable? Does the same to be homosexual or heterosexual? ". (Archbishop Fernando Chomalí, editing, Center for Bioethics, PUC, pages 48 and 52).

The only possible answer, since the solidarity and "charity" central elements of Christian ethics is a resounding yes. Give the same to be homosexual or heterosexual. Vices and virtues do not qualify for sexual orientation.

Those who cultivate the preaching contrary, does your son or brother or homosexual-lesbian-mother is an abnormal or deviant, creditor rights and social status under the subjects 'normal'? Or it is intended that a quality of a minority becomes a majority, say that instead of 10% or 15% of the population, concerns 51% - to estimate worthy of respect?

5) .- The essential point is not in the structural characteristics of marriage, as will be seen, but whether the exclusion of same-sex couples access to this institution constitutes an arbitrary discrimination.

However, as the sole basis for the contrary view rests on the supposed nature of heterosexuality as existential foundation of marriage, we must refer to it.

First, it should not be overlooked that the institution of marriage, like any other, is a social history. Its essential elements are not necessarily those of yesterday or will necessarily those of tomorrow. Has traditionally been a way of institutionalizing cohabitation of a heterosexual couple, but nothing prevents a secular view-from-that welcomes gay couples or same sex (both issues are not the same, well within the current Chilean law no bar to celebrate the marriage act gay one or both parties).

In the current marriage has lost relevance of reproductive function (most children are born out of wedlock and the ability to produce offspring is not a requirement to celebrate), to the detriment of the true purpose of life in common. The essential aim, rather, the purpose of expressing solidarity, affection and mutual assistance.

This being so, it must reverse the burden of argument. Are the proponents of exclusive heterosexual marriage who must explain the reasons that support it. Of course, it should discard the circular reasoning that this is because you must be and always has been. This assertion is simply nothing explains. In short, we see the lack of a rational justification for a lawful purpose in the interdiction of marriage between equals.

Marriage "ideal" requires, in any form, proving that the exclusion of same-sex couples protect heterosexual marriage, but there is no prejudice in the occurrence of this. The ban is necessary to protect the rights of those who can marry. Even more, critics have thought that, instead of being weakened by the inclusion of other actors, the incorporation of couples today excluded by the institution of marriage, the extended and probably stronger.

The factual finding number should not be performed by a comparison of both the factual differences, but through the foundation of the rule, ie by checking if the various assumptions have different legal significance or not with respect to such basis .

The inquiry established that it is similar factual circumstances, since in both cases it is the union of two people fully capable, which aim to form a community of life to build a common project. Thus, the ultimate foundation of the rule, which is to formalize and legitimize the relationship of two people to freely exercise their right to form a community of life, is fully met.

Finally, the legal regulation of same-sex couples certainly an improvement in social abuse are concerned, does not erase the discrimination complained of. As already stated, this is caused by the exclusion from marriage.

6) .- The limited criteria are expressed in judgments of the French Council of State, European Court of Human Rights or the Supreme Court of Germany, who have transcended the possibilities of legal recognition of unions, quoted out of context culture that covers, in societies where sexual orientation is an attribute, condition and well recognized by the community. The truth is that the access of same-sex couples the institution of marriage is a growing trend in companies of high cultural, and having been consecrated in Belgium, Holland, Canada, Spain and Argentina and in several U.S. states, as well as Federal District of Mexico. Previously, the U.S. Supreme Court laid the groundwork to legitimize marriage between same-sex couples when, in 1967 (in the case *Loving v. Virginia*), overturned the ban on interracial marriage, considering marriage as a fundamental right, and 2003 (in the case of *Lawrence v. Texas*), declared unconstitutional tort rating consensual homosexual relations.

II. **Conclusions.**

7) .- This dissent will own the findings of the report of Civil Liberties AG, contained on pages 189 and 190, and transcribed:

"1. Our Constitution does not include a concept of marriage, merely to establish a broad mandate to protect the family, the middle group must be, in turn, understand (sic) in broad terms, consistent with the roles they play in a pluralistic society and democracy like Chile, whose Constitution is affirming the equal dignity of all people.

2. Our Constitution recognizes a number of rights that require granting equal treatment to all people and an inclusive interpretation of social institutions like marriage.

3. First, the right to equality before the law, a necessary consequence of recognizing the same intrinsic dignity of each person is endowed, the state imposes a duty to deal with the same respect for all people, enabling them to develop their plans living independently configured, ensuring equal access to social institutions.

4. The existence of this duty of equal treatment and respect of different conceptions of the good that can develop autonomous beings, like people, our Charter is complemented by the principle of helpfulness, the state imposed a duty to protect and promote these different life choices, compatible with the common good.

5. To deprive a group of people able to access the institution of marriage matter denying the dignity that the Constitution itself recognizes, blocking access to an institution considered socially

necessary for the full development of a good life, and involves ignoring any public dimension the relationship built by the partners, from the time they are denied the opportunity to commit publicly to their peers, subject to discriminatory treatment of same-sex couples do not have any reasonable justification in a democratic republic that accepts the diversity of life forms.

6. Finally, the signal discrimination not only in the symbolic effects. In our system, marriage develops its consequences far beyond the realm of family relations, being considered in numerous provisions as a condition or preference for the enjoyment of certain rights. Well, from the time they are denied same-sex couples the ability to access this social institution, the state also is forbidding them access to an innumerable series of benefits associated with married status, thus giving them a discriminatory treatment which hinders or prevents the realization of a life plan that they consider essential to their own happiness.

7. Everything stated above allows us to reach a single conclusion: The state, when it denies to same-sex couples the opportunity to participate in one of our most rewarding and cherished community institutions, is making an exclusion that is incompatible with respect for human dignity, individual autonomy and equality before the law, while not comply with the constitutional mandate to protect the family, understood in broad terms. The demand for same-sex couples are not intended to confer special treatment, but simply to share the benefits of life in society, equality in terms of accessing an institution considered indispensable for the development of their own life plans such as marriage. For these reasons, Section 102 of the Civil Code should be declared unconstitutional. "

Dissenting opinion written by the Minister that it subscribes.

Ministers drafted the statement that the undersigned, and the separate opinions concurring and dissenting opinion, Ministers indicated in each.

Please, notify, register and filed.

Role No. 1881-10, INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.

Santiago, tres de noviembre de dos mil once.

VISTOS:

A fojas 1, mediante oficio N° 917, recibido en esta Magistratura con fecha 27 de diciembre de 2010, el entonces Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo, en la causa sobre recurso de protección caratulada "*Peralta Wetzel, César Antonio, y otros con Soto Silva, Juana*", Rol N° 6787-2010, requiere, como medida para mejor resolver, un pronunciamiento de este Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, en el aludido proceso.

El precepto legal cuestionado dispone que:

"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."

Como antecedentes de la gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad deducido, de las piezas principales de los autos remitidas por la Corte de Apelaciones de Santiago se desprende que, el 20 de octubre de 2010, el abogado Jaime Silva Alarcón, actuando en nombre de César Antonio Peralta Wetzel, Hans Harold Arias Montero,

Víctor Manuel Arce García, José Miguel Lillo Isla, Stephane Abran y Jorge Manuel Mardones Godoy, interpuso recurso de protección en contra de Juana Soto Silva, oficial civil adjunta del Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago, dando cuenta de que los señores Peralta y Arias, en septiembre de 2010, solicitaron a la recurrida hora para contraer matrimonio, solicitud que les fue denegada por ella aduciendo que la legislación chilena sólo contempla el matrimonio entre un hombre y una mujer. Posteriormente, los señores Arce y Lillo le pidieron la convalidación de su matrimonio válidamente celebrado en Argentina y los señores Abran y Mardones le requirieron que se inscribiera su matrimonio válidamente celebrado en Canadá, rechazándose ambas peticiones por la recurrida, quien señaló que sólo podía inscribir matrimonios celebrados entre un hombre y una mujer.

Indican los recurrentes de protección que negar la posibilidad de contraer matrimonio o de inscribir un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero a dos personas, por su condición sexual, constituye un grave atentado al derecho a la igualdad consagrado por el N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo cual solicitan a la Corte declarar arbitrario el actuar de la oficial civil adjunta y restablecer el imperio del derecho, ordenando que se les otorgue hora para

celebrar su matrimonio y se proceda a inscribir los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero, respectivamente.

Por su parte, el Director Regional Metropolitano del Servicio de Registro Civil e Identificación informó a la Corte el día 28 de octubre de 2010, instando por el rechazo de la acción de protección deducida, por cuanto el actuar del Servicio se ajusta plenamente a la legislación vigente, citando al efecto el artículo 102 del Código Civil -impugnado de inaplicabilidad-, que prescribe que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer, y el artículo 80 de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil, que prescribe que el matrimonio celebrado en país extranjero producirá en Chile los mismos efectos, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.

Mediante presentación de 7 de enero de 2011, a fojas 13, el abogado Jaime Silva Alarcón se hizo parte en estos autos sobre acción de inaplicabilidad, solicitando que ella fuera declarada admisible. Asimismo, pidió que el requerimiento fuera acogido en definitiva por esta Magistratura, manifestando que el artículo 102 del Código Civil es contrario a los siguientes preceptos constitucionales: (i) artículo 1°, incisos primero, segundo, cuarto y quinto; (ii) artículo 5°, inciso segundo, en relación con los artículos II y VI de la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 2.1, 7 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 2.1, 3 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y (iii) artículo 19, N°s 2°, 3°, 4°, 9°, 18°, 24° y 26°.

Señala que, al negar a dos personas la posibilidad de contraer matrimonio y formar una familia, por su orientación sexual, la autoridad está atentando contra su libertad y su derecho a ser consideradas iguales ante la sociedad y la ley, discriminándolas arbitrariamente pues, mientras las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio o mantener relaciones de hecho, las homosexuales sólo pueden convivir, sin tener derecho a ningún tipo de protección legal, con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva.

Añade que el concepto de matrimonio contenido en el artículo 102 del Código Civil no se condice con la igualdad ante la ley que proclaman la sociedad y la Constitución chilenas, y que la Carta Fundamental debe ser interpretada por este Tribunal Constitucional teniendo en consideración el contexto social en el momento histórico actual, que difiere

del vigente a mediados del siglo XIX, en que se dictó el Código Civil.

Por resolución de 4 de enero de 2011, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, por resolución de 26 del mismo mes y año, lo declaró admisible y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión *sub lite*.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados, en su calidad de órganos constitucionales interesados, y de los seis señores recurrentes de protección, de la señora oficial civil adjunta recurrida y del Director Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, en su calidad de partes en la gestión *sub lite*, sin que ninguno de dichos órganos y personas hiciera uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

Sin perjuicio de lo anterior, mediante ordinario N° 40, ingresado el día 14 de enero de 2011, el Director Nacional Subrogante del aludido Servicio señaló que el Registro Civil había dado cabal cumplimiento a la normativa legal que regula la institución jurídica del matrimonio civil en Chile, contenida en las leyes N° 19.477, Orgánica del Servicio, y N° 4.808, sobre Registro Civil; en

el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.128, de 1930, Reglamento Orgánico del Servicio; en el artículo 102 del Código Civil; en la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil, y en el Reglamento de esta Ley aprobado por Decreto N° 673, de 2004.

Señaló además que, conforme a esta normativa, ya en la diligencia previa de manifestación, el oficial civil debe verificar, entre otros requisitos, el sexo de los futuros contrayentes, y que si aquél celebra un matrimonio ilegal incurre en el delito contemplado en el artículo 388 del Código Penal.

En cuanto a los matrimonios celebrados en el extranjero, expresó que, según el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, éstos producirán efectos en Chile siempre que sean contraídos entre un hombre y una mujer.

Concluyó afirmando que el Servicio, en su calidad de órgano de la Administración del Estado, debe velar por el cumplimiento de las normas legales que regulan el matrimonio en Chile, y que, en la especie, el actuar de la oficial civil adjunta se ajustó a derecho.

El día 26 de julio de 2011, respectivamente, efectuaron presentaciones Salvador Salazar Diez de Sollano y Felipe Ross Correa, como miembros de "Muévete Chile", y Julio Alvear Téllez e Ignacio Covarrubias Cuevas, todos solicitando el rechazo de

la acción deducida en autos. Asimismo, el día 27 de julio de 2011, efectuó una presentación Ismini Anastassiou Mustaki, como presidenta de la ONG de Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer, instando también por el rechazo del requerimiento. El mismo día 27 de julio hizo una presentación la asociación gremial Libertades Públicas, solicitando que se acogiera la acción de marras. A fojas 249, el Tribunal ordenó agregar a los autos todas estos escritos.

El día 28 de julio de 2011, efectuaron presentaciones Claudio Alvarado Rojas y otros, y Hernán Corral Talciani y otros, también instando por el rechazo de la acción. A fojas 348 y 349, el Tribunal ordenó agregar a los antecedentes dichos escritos.

Traídos los autos en relación, en audiencia de 28 de julio de 2011 se procedió a la vista de la causa, escuchándose la relación y los alegatos de los abogados señores Jaime Silva Alarcón y Fernando Muñoz León, en representación de los recurrentes de protección en la gestión en que incide el presente requerimiento, quedando con esa fecha la causa en estado de acuerdo.

Y CONSIDERANDO:

I.- ANÁLISIS DEL REPROCHE DE AUTOS.

PRIMERO: Que la Corte de Apelaciones de Santiago, en oficio N° 917-2010/P, de 27 de

diciembre de 2010, requirió a esta Magistratura Constitucional pronunciamiento sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, respecto de la materia del recurso de protección seguido ante ese Tribunal, el cual adjuntó y que corresponde al Rol N° 6787-2010, caratulado "*Peralta Wetzel, César Antonio, y otros / Soto Silva, Juana*";

SEGUNDO: Que el requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago no indica de modo explícito el vicio de constitucionalidad que se produciría en la aplicación del artículo 102 del Código Civil en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha planteado su inaplicabilidad, sino que se remite en términos generales al debate producido con motivo del recurso de protección antes individualizado. En este último, según consta de autos, se impugnó, por una parte, la negativa de la Oficial del Registro Civil, Juana Soto Silva, de celebrar el matrimonio de César Antonio Peralta y Hans Harold Arias Montero, y, por otra parte, la negativa de la misma funcionaria a inscribir el matrimonio celebrado en Argentina entre Víctor Manuel Arce García y José Miguel Lillo Isla, como también el celebrado en Canadá entre Stephan Abran y Jorge Manuel Monardes Godoy. Los recurrentes invocan como fundamento de su

acción de tutela constitucional la vulneración de la garantía contenida en el N° 2° del artículo 19 de la Constitución Política, que asegura a toda persona la igualdad ante la ley y prohíbe a la ley y a toda autoridad establecer diferencias arbitrarias;

TERCERO: Que la disposición objetada de autos señala textualmente: "*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*";

CUARTO: Que los recurrentes de protección se hicieron parte en el proceso de inaplicabilidad iniciado por la Corte de Apelaciones de Santiago. De conformidad a lo señalado en las piezas principales de la gestión pendiente en que se plantea la inaplicabilidad y de lo alegado en estrados por los abogados de las partes, resulta que la cuestión sobre la cual debe pronunciarse este sentenciador y que configura su competencia específica para el presente caso, es determinar **si la aplicación del artículo 102 del Código Civil en el aludido recurso de protección infringe o no la garantía de igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política de la República**, toda vez que aquella disposición sólo permite el matrimonio entre un hombre y una mujer sin autorizar que las parejas homosexuales puedan contraer matrimonio;

II.- RESERVA LEGAL.

QUINTO: Que, respecto al matrimonio, la **reserva de ley** referida a la regulación de sus efectos, tiene un doble fundamento constitucional en la Carta Fundamental. Por una parte, se desprende del **Nº 3 del artículo 63** de la misma, que al señalar cuáles son las materias de ley, indica como una de ellas las que *"son objeto de la codificación civil"*. Y, por otra parte, del **Nº 20 del mismo artículo**, que establece que también lo es *"toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico"*;

SEXTO: Que, en efecto, 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 su importancia social, estatuye una

de las bases esenciales del ordenamiento jurídico civil y de ahí que sea propio que la ley lo establezca;

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, cabe precisar que **los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal** y no constitucional. Ello quedó en evidencia en la discusión de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, referida a la disolución del matrimonio, la que, por lo demás, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta de 1980 fue aceptada y regulada bajo la forma del divorcio vincular. Es así como las características de la institución, referidas a la protección y desarrollo de la misma, han podido mutar en virtud de diversas normas de rango legal, las que han efectuado cambios en lo que atañe, por ejemplo, al régimen de bienes, a la adopción y a la filiación, entre otros aspectos;

III.- FALTA DE IDONEIDAD DE LA INAPLICABILIDAD EN EL PRESENTE CASO.

OCTAVO: Que, sin perjuicio de lo razonado en cuanto al reproche constitucional de autos, esta Magistratura no puede pasar por alto que un examen detenido de la impugnación planteada no permite a su vez que se dicte sentencia estimatoria, toda vez que no se condice con el alcance de la acción de

inaplicabilidad. En efecto, la acción de inaplicabilidad tiene como objetivo impedir que un determinado precepto legal sea aplicado en un caso concreto cuando de ello se pueden derivar consecuencias inconstitucionales. Así, la inaplicabilidad es un **control concreto de constitucionalidad** cuyo efecto es negativo, es decir, sólo impide que un precepto sea aplicado en la resolución de una gestión judicial pendiente. En consecuencia, en la gestión pendiente a que se refieren estos autos la única consecuencia que podría producirse de dictar sentencia estimatoria, sería la **exclusión de la eventual aplicación del artículo 102 del Código Civil** que define al matrimonio, la que se encuentra en el contexto de un amplio campo de normas que resultan aplicables por el juez de la gestión y que se refieren al estatuto jurídico del matrimonio;

NOVENO: Que lo anterior implica que el requerimiento a que se refiere esta sentencia no pueda 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 N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad. A mayor abundamiento, el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección *sub lite* se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80 de aquel cuerpo normativo que establece que "*los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.*". De esta manera, el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la

gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas.

Y TENIENDO PRESENTE Lo dispuesto en los artículos 19, N° 2, 63, N°s 3 y 20, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE: QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.

DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 54, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL, MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

El Presidente del Tribunal, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene que concurre a la sentencia que rechaza el requerimiento de inaplicabilidad en que se impugna la aplicación del artículo 102 del Código Civil, sin compartir su considerando séptimo, pues la introducción legal del divorcio vincular es una materia ajena a la que se debate en autos por lo que no corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre la misma en esta oportunidad, y teniendo además presente las siguientes consideraciones:

1.- Que el artículo 102 del Código Civil dispone que "[e]l 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";

2.- Que, para la resolución del requerimiento interpuesto, debe examinarse si al reservar la ley la celebración del matrimonio a "un hombre y una mujer", o si se quiere expresar con otros términos a una pareja heterosexual, y excluir por consiguiente para que lo contraigan entre sí a personas del mismo sexo, incurre en una diferencia arbitraria que en su aplicación resulta contraria a la garantía constitucional de igualdad ante la ley;

3.- Que, como es sabido, la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre distintas personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga;

4.- Que el Código Civil al definir el matrimonio ha dado reconocimiento jurídico a una de las instituciones sociales más antiguas que siempre ha estado presente en los ordenamientos en los que el Derecho Chileno tiene sus raíces, los que tradicionalmente lo han concebido como una unión de

vida entre hombre y mujer, siendo indiscutible hasta época muy reciente la imposibilidad de su celebración entre personas del mismo sexo.

Así, en el Derecho Romano, Modestino decía que "*Nuptiae sunt conjunctio maris en feminae*" (Digesto 23,2,1), esto es unión entre hombre o marido y mujer, siendo similar la opinión de Ulpiano (Digesto 1,1,3), quien señalaba que es derecho natural lo que la naturaleza de todos los animales enseña y que por consiguiente no es propio sólo del género humano, la *conjunctio maris atque feminae*, y también lo recuerdan las Instituciones de Justiniano (1,9,1), para las cuales "*Nuptiae sive matrimonium es viri et mulieris conjunctio*".

A su vez las Partidas, texto de Derecho Castellano Medieval que rigiera durante siglos en Chile, después de señalar en el Prólogo de la Cuarta Partida que hombres y mujeres "*eran de cuerpos departidos segund natura*", afirmó que "*Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de mujer, fecho con tal intención de bevir siempre en uno, e don se departir*" (Partida 4, título II, ley 1 "*Que cosa es matrimonio*");

5.- Que la doctrina, asimismo, ha entendido que el matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer. En Chile Somarriva, en un libro que es clásico en la materia, al comentar la definición del artículo 102 del Código Civil, acota que a

diferencia de los contratos patrimoniales en que no importa el sexo ni el número de contratantes, *"en el matrimonio, las partes sólo pueden ser dos y de diferente sexo, dada la finalidad que se persigue. Y tan esencial es la diferencia de sexo, que ello constituye no sólo un requisito de validez, sino de existencia"* (Somarriva Undurraga, Manuel: *"Derecho de Familia"*. Nascimento. Santiago de Chile, 1963, pág. 19).

Tan universal ha sido la concepción del matrimonio como la unión entre hombre y mujer, que un conocido autor español en su discurso de incorporación en 1995 a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, diría: *"Afirmar que el modelo matrimonial de Occidente ha sido siempre heterosexual, es decir algo tan obvio que históricamente, por su evidencia, no ha necesitado de argumentación alguna. Es ya lugar común en la doctrina la aseveración de que los sujetos de la relación jurídico-matrimonial son, precisamente, un varón y una mujer. Es decir, que lo que distingue el amor conyugal de cualquier otro es su específico carácter de complementariedad sexual"*. Y añade: *"Lógica consecuencia de la propia noción de matrimonio, que no sólo es un vínculo de unión entre varón y mujer, sino más propiamente un varón y una mujer unidos entre sí a través de la integración de las diferencias naturales propias de la distinción*

de sexo" (Navarro Valls, Rafael: "Matrimonio y Derecho". Tecnos. Madrid, 1995, págs. 89-90);

6.- Que, acorde con lo establecido en el artículo 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que afirma que "[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad", el artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004, reitera a la letra esa declaración y luego añade que "[e]l matrimonio es la base principal de la familia".

Atendida, entonces, la importancia social del matrimonio, que se expresa en los fines que el artículo 102 del Código Civil le reconoce, entre los cuales incluye la procreación, es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas de distinto sexo ya que sólo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo;

7.- Que, en esta materia, la legislación se encuentra en conformidad con tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen "el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio", mientras que en el elenco de los otros derechos utilizan los términos genéricos "toda

persona" o "todo ser humano" para referirse a sus titulares;

8.- Que, teniendo en cuenta que es materia de ley la regulación del matrimonio, la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto legal impugnado no resulte contraria a la Constitución Política.

Voto Particular redactado por el Ministro que lo suscribe.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE DE LOS MINISTROS SEÑORES MARCELO VENEGAS PALACIOS, ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN E IVÁN ARÓSTICA MALDONADO.

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado dejan constancia de que estuvieron por pronunciarse derechamente sobre el fondo del requerimiento deducido por la Corte de Apelaciones de Santiago,

declarando que no resulta contraria a la Constitución la aplicación del artículo 102 del Código Civil, en el proceso sobre Recurso de Protección N° 6787-2010.

Fundamentan su decisión en lo razonado en los considerandos Primero a Cuarto de la sentencia de mayoría, con excepción del Ministro señor **Enrique Navarro Beltrán**, que también coincide con sus considerandos Quinto, Sexto y Séptimo, no suscribiendo, ninguno de dichos ministros, en lo demás, el voto de la mayoría, teniendo en su lugar y especialmente presente, los siguientes motivos:

1.- Este Tribunal Constitucional abrió el presente proceso con el objeto de conocer y fallar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el marco del Recurso de Protección N° 6787-2010, ejerciendo la atribución que le confiere el N° 6 del artículo 93 de la Constitución, una vez que dicho requerimiento fue declarado admisible por una de sus salas, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso undécimo de la citada norma constitucional;

2.- El aludido requerimiento del Tribunal de Alzada de la Capital solicita que esta Magistratura emita pronunciamiento sobre **"la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, respecto de la**

materia del presente recurso de protección cuya copia se le adjunta";

3.- La materia de la acción constitucional de protección en cuestión consiste, conforme al mérito de los antecedentes remitidos por la Corte, en la pretensión del recurrente, señor Jaime Silva Alarcón, de que el Tribunal de Alzada declare arbitraria, por infringir el N° 2 del artículo 19 de la Constitución, la negativa de un Oficial del Registro Civil de acceder a solicitudes, formuladas por personas del mismo sexo, para conceder hora para contraer matrimonio en Chile; de convalidar su matrimonio válidamente celebrado en Argentina, y de inscribir su matrimonio válidamente celebrado en Canadá, ***"restableciendo el imperio del Derecho ordenando que se les otorgue hora para la celebración del matrimonio y se proceda a la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero, según el caso";***

4.- Consta de los antecedentes remitidos por la Corte de Santiago que el fundamento legal invocado por el Registro Civil ha sido, para el caso de la negativa a conceder hora para celebrar el matrimonio entre ellos, formulada por Cesar Antonio Peralta Wetzel y Hans Harlod Arias Montero, el artículo 102 del Código Civil, el cual establece que ***"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", y que, para el caso de la negativa a inscribir los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, ha sido el incumplimiento del requisito establecido en el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil, de acuerdo al cual el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiese celebrado en territorio chileno, **"siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer"**, precepto legal este último que no ha sido impugnado en este proceso constitucional y sobre el cual, en consecuencia, no procede pronunciamiento de este Tribunal;

5.- En cuanto al artículo 102 del Código Civil, único precepto legal efectivamente impugnado, si bien es cierto que, como lo sostienen quienes forman mayoría, el requerimiento de inaplicabilidad de autos puede estar falto de la precisión y fundamentación deseable en una acción constitucional de esta clase -motivo que a ellos les basta para llegar a calificarla de inidónea y desechar la acción deducida por la Corte de Santiago-, los jueces que suscribimos este voto particular creemos que, habiéndose declarado admisible el requerimiento de la Corte de Santiago resulta más apropiado que

nos pronunciemos derechamente sobre la cuestión que se ha sometido a nuestra decisión, por estimar que ello resulta más compatible con el deber de inexcusabilidad que recae sobre esta Magistratura, y más coherente con su responsabilidad como titular del sistema nacional de solución de conflictos constitucionales, que le exige favorecer la mayor certeza jurídica sobre la interpretación de la Constitución, que la sociedad merece;

6.- Al emprender esta tarea es preciso, en primer término, constreñir el conflicto dentro los términos en que ha sido planteado, esto es, decidir si la aplicación del artículo 102 del Código Civil por la Corte de Apelaciones de Santiago, al resolver si es o no arbitraria la negativa de un Oficial del Registro Civil de celebrar el matrimonio entre dos varones entre sí, resulta efectivamente contrario al derecho a la igualdad ante la ley, asegurado por el N° 2 del artículo 19 de la Constitución, de modo tal que, pronunciada la inaplicabilidad, dicho precepto legal no pueda ser aplicado por la Corte requirente y deba ésta resolver, prescindiendo de esa ley, si dichos varones pueden, o no, contraer matrimonio entre sí;

7.- Siendo el reproche constitucional que amenaza condenar la aplicación del artículo 102 del Código Civil en la gestión que se sigue en la Corte de Santiago, la arbitrariedad en que dicho precepto

legal incurriría al reservar el contrato de matrimonio únicamente a personas de distinto sexo, excluyendo a las del mismo sexo, conviene tener presente que tal exigencia, respecto de la calidad de las partes que pueden celebrar dicho contrato, es una excepción a la regla general aplicable a toda clase de contratos, consagrada en su artículo 1.438 del citado cuerpo legal, según el cual en todo contrato **"cada parte puede ser una o muchas personas"**, sin distinción del sexo de ellas. Pero también dicha regla hace ostensible que el sexo de las partes no es la única excepción que el precepto cuestionado contiene respecto de las partes que pueden válidamente celebrar el contrato de matrimonio, pues también prohíbe que cada parte sea más de una persona: **"un hombre y una mujer"**, puntualiza el artículo 102, cuestión ésta que no debe resultar indiferente al resolver sobre la inconstitucionalidad de su aplicación en la decisión de gestiones judiciales;

8.- Al entrar estos jueces a resolver la cuestión debatida tienen presente la frondosa jurisprudencia sobre el principio de igualdad constitucional que esta Magistratura ha desarrollado, que se inicia con la sentencia recaída en el proceso Rol 28, de 1985 y alcanza su mayor extensión, más recientemente, en las sentencias dictadas en los procesos roles 1254-09, 1287-09,

1399-09 y 1710-10. En sus rasgos esenciales la doctrina allí sentada señala que la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite al legislador dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre las distintas personas o grupos de personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga;

9.- En esta perspectiva, la disposición objetada, al reservar la celebración del matrimonio sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias, como ocurre, por ejemplo, en la legislación laboral y previsional. Del mismo modo resulta claramente razonable, y no arbitrario o caprichoso, que quienes celebran el contrato matrimonial definido en el artículo 102 del Código Civil, sean, precisamente, un hombre y una mujer, habida consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada;

10.- Cabe tener también presente que el legislador debe dar una respuesta normativa a las realidades sociales, respetando las características que las constituyen y configuran. En la especie la

institución jurídica del matrimonio, si bien puede mutar en sus efectos, viene a regular la unión afectiva estable entre hombre y mujer. Esta es la realidad que, hasta ahora, ha debido abordar el legislador republicano desde que reguló el matrimonio en el Código Civil de 1855;

11.- Las motivaciones precedentes han sido también consideradas por otras magistraturas constitucionales. En efecto, recientemente la Corte Constitucional francesa (Conseil Constitutionnel) ante similar situación resolvió que el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de forma distinta situaciones diferentes, ni a que se derogue la igualdad por motivos de interés general, siempre que, en uno y otro caso, la diferencia de trato tenga directa relación con el objeto que la Ley persigue, que, manteniendo el principio según el cual el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, el legislador ha estimado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 34 de la Constitución [francesa], que la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer pueden justificar una diferencia de tratamiento en cuanto a las normas del derecho de familia (sentencia 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011). En similar sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán

(Bundesverfassungsgericht) ha decidido que la Constitución Federal asegura el matrimonio en su respectiva fisonomía a través del legislador, y que, en todo caso, éste debe obedecer a los principios estructurales esenciales que impregnan el matrimonio. Concluyendo que, de acuerdo a la jurisprudencia sostenida de ese Tribunal, pertenece a lo anterior el hecho de que el matrimonio es una unión de un hombre con una mujer para una vida en conjunto y duradera (sentencia 1BvF 1/01 y 1BvF 2/01, de 17 de julio de 2002);

12.- Con lo razonado en los motivos precedentes podemos afirmar que el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil, disciplinado además por otras numerosas disposiciones del mismo cuerpo legal y por la Ley de Matrimonio Civil, entre otras leyes que lo regulan desde diversas perspectivas es, por su concepción misma, por su origen histórico social, por su fisonomía y por sus finalidades propias, una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer, no siendo admisible concluir, de dicha característica propia de la institución matrimonial tal y como está actualmente consagrada en la legislación civil chilena, que la aplicación del artículo 102 del Código Civil pueda resultar contraria a la Constitución cuando fundamenta la negativa de un

Oficial Civil de celebrar el matrimonio de dos varones entre sí. Por el contrario, estimamos que su aplicación en tal caso no resulta contraria a la Constitución, y así debe declararlo este Tribunal Constitucional;

13.- Ahora bien, los jueces que suscribimos este voto particular desechando la inconstitucionalidad de la aplicación del precepto legal cuestionado por estimar que, tratándose de la celebración del contrato de matrimonio, la diferencia legal de trato entre parejas de distinto sexo y parejas homosexuales no puede considerarse, en sí misma, como una discriminación arbitraria contraria a la Constitución, creemos necesario precisar que nuestra decisión recae en un precepto legal concreto, el artículo 102 del Código Civil, que está inmerso en la regulación de una realidad enteramente diferente a la que conforman las parejas homosexuales. Por ello, no manifiesta juicio sobre el que, en definitiva, se trasunta como fundamento primario del reproche de arbitrariedad que los recurrentes de protección formulan a la diferencia consagrada en artículo 102 del Código Civil, el cual, en realidad, importa un cuestionamiento integral a la forma como está actualmente regulada, en la legislación civil chilena, la institución matrimonial. Dicho planteamiento revela que la cuestión de fondo es que, mientras **"en la práctica**

las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio. Sin embargo, las parejas homosexuales solo pueden convivir pero sin gozar de ningún tipo de protección legal con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva". (En la copia del recurso de protección, a fs. 4 de este expediente constitucional);

14.- Si bien nuestro voto descarta la inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, 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 vengán a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.

Sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las opciones legislativas que los Poderes Colegisladores eventualmente escojan en dicho propósito, se cuidarán estos jueces de adelantar opinión, pues la prudencia que debe gobernar el ejercicio de nuestro ministerio nos exige guardar silencio sobre conflictos futuros, aún más si son hipotéticos, ya que así procuramos

ofrecer a la sociedad, más cumplidamente, la garantía de objetividad e imparcialidad que los jueces le debemos.

Voto Particular redactado por el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE DE LA MINISTRA SEÑORA MARISOL PEÑA TORRES.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la sentencia, teniendo presente, además, las siguientes consideraciones:

1°. Que la regulación referida a la familia tiene, tal como se afirma en el considerando quinto de la sentencia, un fundamento constitucional en las materias reservadas a la ley de conformidad con los numerales 3° y 20° del artículo 63 de la Carta Fundamental.

No obstante lo anterior, y en concepto de esta previniente, el matrimonio tiene, al menos otros dos fundamentos constitucionales que resulta importante tener presentes a la hora en que el legislador cumpla con su labor de desarrollar la regulación de tal unión y de sus efectos;

2°. Que, en primer término, el inciso segundo del artículo 1° de la Constitución Política sentencia que *"la familia es el núcleo fundamental de la sociedad"* reafirmando la idea de que la vía a través de la cual una persona ingresa a la sociedad

es, precisamente, a través de la familia. Desde ese punto de vista, la familia, como grupo intermedio natural, resulta fundamental para preservar el cuerpo social.

Adicionalmente, la familia cumple una serie de funciones que han llevado a concebirla como "núcleo fundamental de la sociedad" y a imponer al Estado el deber de darle protección y de propender a su fortalecimiento. Así se distingue, en primer lugar, "una función de equidad generacional, caracterizada por la promoción de la solidaridad diacrónica entendida como la corresponsabilidad intergeneracional entre ascendientes y descendientes. En segundo lugar, la función de transmisión cultural, pues se considera que la familia natural educa en la lengua, las costumbres, las creencias religiosas, las formas de relación legitimadas socialmente y el trabajo. En tercer lugar, la función de socialización, que alude a la provisión de los conocimientos, habilidades, virtudes y relaciones que permiten a una persona la pertenencia a un grupo social más amplio, pues se tiende a coincidir en su apreciación como una comunidad, inserta en una red de comunidades. En cuarto lugar, cumple una función de control social, pues transmite e irradia el compromiso de sus integrantes con la vigencia de normas justas, con la observancia de preceptos que involucran asumir

responsabilidades de interés colectivo y con la adscripción a códigos morales que promueven la virtud. En quinto lugar, cumple una función de afirmación de la persona por sí misma, ofreciendo a sus integrantes el respeto, el resguardo y la promoción de su valor como persona, al margen de consideraciones de edad, sexo, capacidad económica e influencia de su integridad moral.” (Jorge del Picó Rubio. *“Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno.”*. En: Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, Universidad de Talca, 2011, p. 38);

3°. Que el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así, la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer no sólo contribuye al logro de las demás funciones del matrimonio -vivir juntos y auxiliarse mutuamente-, sino que resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo, perspectiva que, sin duda, debe ser tenida en cuenta por el legislador al regular los efectos del

matrimonio. Dicho, en otros términos, esta regulación no puede prescindir del hecho que el matrimonio entre un hombre y una mujer resulta fundamental para que la familia se consolide como verdadero núcleo fundamental de una sociedad que aspira a seguir existiendo a través de la renovación progresiva de las generaciones que se produce a partir de dicha unión.

Así, la importancia social del matrimonio, expresada en los fines que le asigna el artículo 102 del Código Civil, lo configura como una verdadera institución, a la cual está asignada, entre otras funciones, la de procrear, esto es, el proceso completo por el que se trae un nuevo individuo al mundo (Dorland, William. Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina. Editorial Elsevier, 30^a. Edición, Madrid, 2005), lo que sólo puede ser logrado a través de la unión de dos células, masculina y femenina, como las que se encuentran en el acto carnal entre un hombre y una mujer;

4°. Que un segundo fundamento constitucional adicional vinculado al matrimonio se encuentra en el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental que señala que *"el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"*. Ello, después de definir el fin del Estado o bien común, en el inciso cuarto de su artículo 1°, que

debe construirse *"con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."*;

5°. Que el carácter de derecho esencial del matrimonio no puede ser discutido, ni sociológica ni jurídicamente. Desde el primero de estos puntos de vista, porque el matrimonio permite al hombre y a la mujer la natural complementariedad de dos naturalezas diferentes en pro de la proyección del vínculo afectivo que lo genera, como también del logro de las funciones de la familia a que dicho matrimonio dará lugar.

Jurídicamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, precisa que: *"1. Los 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 a fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."*

El artículo 23 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, entretanto, señala que: *"1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la*

protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello (...)."

La Convención Americana de Derechos Humanos, prescribe, a su vez, en su artículo 17, que: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se 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 que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención (...)"

Así, no puede extrañar que durante la etapa de gestación de la Constitución, cumplida en la Comisión de Estudio, diversos comisionados se hayan referido a la naturaleza del matrimonio como un derecho humano (Sr. Ovalle en la sesión N° 77, de 14 de octubre de 1974 y Sr. Guzmán, en sesión N° 83, de 31 de octubre de 1974).

La Ley de Matrimonio Civil, del año 2004, también concibió al matrimonio como un derecho esencial inherente a la persona humana (artículo 2°, inciso primero);

6°. Que si el matrimonio entre un hombre y una mujer, además de ser una institución, constituye un derecho humano esencial, su configuración o

regulación debe realizarse atendiendo a los valores y fines constitucionales (María Martín Sánchez. *"El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España. Ley 13/2003, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio."*. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 13, enero-julio 2010, p. 261). En Chile, entre dichos principios fundamentales, se encuentra el de que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad;

7°. Así, esta previniente considera que la regulación del matrimonio fue remitida por el Constituyente al legislador, teniendo presente no sólo su dualidad de derecho-institución, sino en base a los valores y principios constitucionales que llevan a considerar la estrecha unión entre el matrimonio entre un hombre y una mujer y las funciones de la familia concebida como "núcleo fundamental de la sociedad".

Una interpretación armónica y de conjunto de las normas constitucionales resulta, pues, indispensable frente a un tema de suyo complejo. Ello explica que la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia de 24 de junio de 2010, pronunciada en el caso Schalk and Kopf v. Austria, haya sostenido que "el artículo 12 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) no impone a los Estados contratantes una obligación de garantizar a las

parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio. El artículo 14 tomado en conjunción con el artículo 8, otorgan una provisión de un propósito y alcance más amplio, que no puede ser interpretada como la imposición de una obligación.” (Consid. 101).

De lo antes señalado se desprende, pues, que aun cuando el legislador está facultado para desarrollar un derecho fundamental como el de contraer matrimonio, no puede hacerlo al margen de los valores y principios expresamente consagrados en la Constitución, por imperativo de los incisos segundo y tercero del artículo 6° de la misma Carta Fundamental.

Voto Particular redactado por la Ministra que lo suscribe.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES, CARLOS CARMONA SANTANDER, JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY Y GONZALO GARCÍA PINO.

Se previene que los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino concurren a la sentencia, teniendo presentes, además, las siguientes consideraciones:

1. Que diversos países han enfrentado decisiones como la que corresponde emitir a esta Magistratura. Lo han hecho considerando,

por una parte, su marco constitucional y, por otra, la existencia o no de alguna regulación sobre las uniones de hecho;

2. Que, en este sentido, resulta ilustrativo lo resuelto por el Consejo Constitucional Francés, en enero de 2011, en una causa análoga al caso *sub lite*.

En esa ocasión el Consejo Constitucional se pronunció sobre una solicitud de inconstitucionalidad de dos preceptos del Código Civil que excluyen el matrimonio entre personas del mismo sexo. En ella, resolvió que según la Constitución francesa (art.34) corresponde al legislador reglar el estado y capacidad de las personas, los regímenes matrimoniales y, en general, los asuntos de familia; que la estipulación del matrimonio sólo entre un hombre y una mujer no afecta el desarrollo de la vida personal y familiar, pues existen en Francia otras figuras legales que permiten y regulan la convivencia entre personas de un mismo sexo, como la ley que establece el Pacto de Solidaridad; y que, por mandato constitucional, compete al Parlamento la elección del sistema más adecuado para la plena realización de las personas que tienen preferencias sexuales por sujetos de su mismo sexo. (C. 9, 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011);

3. Que este razonamiento coincide con lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Schalk and Kopf contra Austria, de junio de 2010; y con lo establecido por la Corte Constitucional de Colombia en julio del 2011. En ambos casos se señaló que el derecho a formar una familia es independiente del derecho a contraer matrimonio, y que la vida familiar se puede desarrollar fuera del ámbito matrimonial, por lo que el impedimento de contraer matrimonio para personas de igual sexo en sí mismo no vulnera el derecho a formar una familia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo, además, que cada país es libre para decidir si el matrimonio deba ser sólo para personas de diferente sexo o, por el contrario, abierto a personas del mismo sexo. Lo que sí es una exigencia derivada de los instrumentos internacionales de derechos humanos, es que exista un reconocimiento legal de las uniones de hecho, independientemente de la orientación sexual de los convivientes. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en el fallo mencionado anteriormente, exhortó al legislador a regular las uniones entre parejas del mismo sexo, sin discriminaciones arbitrarias;

4. Que dichos elementos de análisis nos parecen una metodología adecuada para resolver

el presente requerimiento, por lo que partiremos por ella.

EL MATRIMONIO FRENTE A LA CONSTITUCIÓN.

5. Que corresponde, entonces, en primer lugar, examinar lo establecido en nuestra Constitución.

Al respecto, debe señalarse que la Constitución no se refiere al matrimonio: no lo define ni fija sus características. Incluso cuando se intentó consagrar su indisolubilidad en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Sesión N° 191, de 18 de marzo de 1976), luego de un amplio debate se decidió dejar fuera del texto constitucional el tema. Tampoco se pronuncia la Constitución sobre si los contrayentes deben ser sólo un hombre y una mujer, como sí lo hacen otras constituciones de Sudamérica, tales como la de Bolivia (artículo 63), Paraguay (artículo 49), Ecuador (artículo 67), Colombia (artículo 42) y Venezuela (artículo 67).

Marca una diferencia con las constituciones de otros países como Alemania (artículo 6.1) o Brasil (artículo 226), pues nuestra Constitución no vincula el matrimonio con la protección de la familia. Tampoco la Constitución reserva a contrayentes heterosexuales el matrimonio, como sí lo hacen otras Constituciones de Sudamérica, según se ha ejemplificado;

6. Que, por otra parte, la noción de matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico ha ido evolucionando con el tiempo.

En efecto, bajo la Constitución de 1980, es posible apreciar importantes modificaciones a la regulación legal del matrimonio y sus efectos. Ya en 1989, mediante la Ley N° 18.802, se terminó con la autoridad del marido sobre la persona de la mujer y se le dio aun más intervención a ésta en la administración de los bienes de la sociedad conyugal, permitiéndosele trabajar sin pedir autorización del marido; en 1994, mediante la Ley N° 19.335, se redefinieron los derechos y deberes entre los cónyuges y se permitió pactar el régimen de participación en los gananciales como alternativa a la sociedad conyugal; en 1998, mediante la Ley N° 19.585, se consagró la igualdad jurídica entre todo tipo de hijos, con independencia del matrimonio de sus padres, y en lo relativo a los derechos y deberes respecto de los hijos, se afirmó el "interés superior del niño" como principio rector; en 1999, mediante la Ley N° 19.611, se consagró la igualdad constitucional entre hombre y mujer; en 2004, con la Ley N° 19.947, de Matrimonio Civil, se permitió y reguló el divorcio vincular, se cambiaron las causales de nulidad del matrimonio y se reguló la separación; en 2008, mediante la Ley N° 20.286, se eliminó la mediación obligatoria y se simplificó la

conciliación en los procedimientos para pedir el divorcio o la separación.

Todo lo anterior demuestra los importantes cambios experimentados por el Derecho de Familia, procurando relaciones más igualitarias entre los cónyuges, en lo referente al régimen de bienes, a los derechos de todos los hijos, al reconocimiento de la disolubilidad del vínculo, ya sea por culpa, por mutuo acuerdo o por voluntad de uno de los cónyuges, según lo establece la Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004. Lo mismo se concluye al analizar la legislación relativa a la adopción, los alimentos y los bienes familiares y el establecimiento de los Tribunales de Familia, entre otras materias.

La evolución también se observa a nivel constitucional. Así, la Constitución de 1823 señalaba que la calidad de ciudadano estaba reservada para *"todo chileno natural o legal que habiendo cumplido veintiún años, o contraído matrimonio, tenga alguno de"* ciertos requisitos (artículo 11). Asimismo, la Constitución de 1828 exigía como requisito para ser electo diputado el estar casado o haber cumplido veinticinco años (artículo 28). Además, las constituciones de 1822 (artículo 4°), 1823 (artículo 6°), 1828 (artículo 6°) y 1833 (artículo 6°) exigían como requisito para obtener la nacionalidad chilena por naturalización, el estar casado.

Todas estas referencias desaparecieron en las constituciones de 1925 y de 1980;

7. Que, como se ha dicho anteriormente, nuestra Carta Fundamental no vincula el matrimonio con la protección de la familia. La propia Ley de Matrimonio Civil, en el inciso primero de su artículo 1º, señala que *"la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia."* Al indicarse que el matrimonio es la base principal de la familia, se reconoce -a contrario sensu- que no es la única, como queda claro de la historia del establecimiento de esa disposición. Todo matrimonio da origen a una familia, pero no todas las familias tienen su origen en un matrimonio;

8. Que si bien nuestra Constitución no consagra en forma explícita el derecho fundamental a contraer matrimonio, sí lo hacen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile. El artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: *"Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello"*. El artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, señala: *"Se 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". Lo mismo ocurre en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 16 señala que *"los 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. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio"*.

Al interpretar tales instrumentos debe tenerse presente, en primer lugar, que en ellos se reconoce el derecho tanto a hombres como a mujeres y se señala que la regulación de cada Estado no puede ser discriminatoria. En ninguno de ellos se señala que el matrimonio sólo se reconozca a hombres "con" mujeres o viceversa, aun cuando una interpretación originalista niegue tal diversidad.

En segundo lugar, que la determinación de estos derechos se debe regular por las leyes internas de cada país, estando en la esfera del legislador

establecer las reglas de capacidad, consentimiento, demás requisitos, forma de celebración y efectos del matrimonio.

En tercer término, que para desarrollar tal legislación, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos obligan al reconocimiento de un estándar que los Estados no pueden ignorar al adoptar regulaciones sobre la materia. En tal sentido, ha de tenerse presente que los derechos reconocidos en tales instrumentos deben interpretarse conforme al principio *pro homine* y *pro libertatis* y, en ningún caso, en forma que signifique una limitación a ampliaciones de los mismos derechos que los Estados puedan establecer;

9. Que, consecuente con dichos tratados, el legislador ha concebido al matrimonio como un derecho subjetivo esencial. Es así como el artículo 2° de la Ley N° 19.947 dispone que "*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*". En tal sentido, es indudable que todos tienen derecho de contraer o no matrimonio;

10. Que, al estar regulado en la ley, el matrimonio adquiere el rango y la fuerza de

este tipo de normas. Ello implica, por de pronto, que una ley puede modificarlo. Las leyes, de acuerdo al artículo 63 de nuestra Constitución, se aprueban, modifican o derogan por otras leyes.

Enseguida, esto implica que no podemos constitucionalizar lo establecido en preceptos legales. El Tribunal Constitucional interpreta la Constitución, pero no la crea. No puede darle rango constitucional a normas dictadas por el Poder Legislativo, no por el poder constituyente. La Constitución establece su propio mecanismo de incorporación de normas a su texto. Dicho mecanismo debe ser acatado por todos los órganos del Estado, incluido el Tribunal Constitucional, quien también debe "someter su acción a la Constitución" (STC Rol 1284/2009).

Asimismo, como se ha sostenido en esta sentencia, no podemos desnaturalizar el recurso de inaplicabilidad. El Tribunal no resuelve una inaplicabilidad en base a una norma legal; el precepto legal es el objeto de su examen, pero no su referente. Las leyes que examina no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante. En este recurso se enjuicia una norma legal en su confrontación con la Constitución, no con una ley (STC Rol 1284/2009).

Tampoco podemos darle un valor absoluto a una norma legal, en circunstancias que puede haber otras que apunten en un sentido distinto o contradictorio. No existe una opción del constituyente por erigir un modelo determinado de unión heterosexual. Si el constituyente se mantiene neutral frente a las preferencias del legislador al momento de definir el matrimonio, esta Magistratura no puede cerrar esa opción. Si el matrimonio hoy es entre un hombre y una mujer, no es porque lo diga o lo establezca la Constitución, sino la ley.

Finalmente, no podemos igualar un concepto constitucional con uno legal. Ello puede rigidizar lo que el constituyente dejó abierto a la configuración legislativa, impidiendo su adaptación en el tiempo;

11. Que esta misma interpretación se expresa en varias mociones que buscan consagrar en la Carta Fundamental que el matrimonio es sólo posible entre un hombre y una mujer. En una de ellas, iniciada por los actuales Ministros Andrés Chadwick y Pablo Longueira (boletín N° 7656-07), se expresa que "*el constituyente originario estimo (sic) innecesario expresar que el matrimonio siempre será el soporte esencial de la familia y que éste sólo puede ser celebrado entre un hombre y una mujer*". En otra moción, iniciada por los

Senadores Chahuán, Horvath y Prokurica, se sostiene que nuestra Constitución "debe incluir, en forma explícita, que el matrimonio es entre un hombre y una mujer".

Con ello se reconoce expresamente que en la actualidad dicha restricción para contraer matrimonio no está en la Constitución, sino en la ley;

12. Que, luego, conforme al artículo 63, N°s 3 y 20, de la Constitución, compete al legislador determinar la regulación del matrimonio, sus requisitos, formalidades y efectos, respetando los derechos fundamentales y sin establecer diferencias arbitrarias. Se trata de una materia de codificación en el ámbito civil que estatuye una de las bases esenciales del Derecho de Familia, cuyas normas, junto con regular relaciones entre personas en el ámbito de la vida privada, tienen una dimensión de orden público que las diferencia del resto del Derecho Civil;

13. Que, por último, no puede estimarse que nuestra Constitución consagre una garantía institucional sobre el matrimonio, pues, como se ha dicho, la Constitución no contiene una norma constitucional sobre el matrimonio con determinados contenidos y porque

no protege un modelo determinado de familia en desmedro de otros.

La garantía institucional se invoca para preservar la inmutabilidad de un estatuto jurídico o la inalterabilidad de aspectos esenciales de aquél.

Sin embargo, cabe señalar, en primer lugar, que en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio tiene un estatuto jurídico complejo que está sustentado sobre derechos fundamentales de las personas que, en nuestro derecho, fueron configurados otorgándole un amplio espacio de determinación al legislador.

En segundo lugar, en un contexto como el actual, se ha entendido que las "garantías institucionales" son aquellas que la Constitución otorga a una organización o institución, para resguardarla limitando la injerencia del poder legislativo (Baño León, José María, "La distinción entre el derecho fundamental y la garantía institucional en la Constitución española", Revista Española de Derecho Constitucional N° 24 (septiembre-diciembre), 1988, p. 155 y ss.), lo que no ocurre en este caso.

Frente a ello, cabe señalar -siguiendo a Peter Haberle- que *"la familia y el matrimonio necesitan también de muchos otros derechos fundamentales. Bastaría recordar, en particular, la propiedad y el derecho sucesorio como garantías de la base material de ambas. Familia y matrimonio son, por otra parte,*

instrumentos de realización y de protección de la personalidad, a la cual dan una dirección y un sostén más allá de la seguridad". (Haberle, Peter, La libertad fundamental en el Estado Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 65).

Por ello, nos encontramos frente a la idea de que la protección de los elementos nucleares de una institución como el matrimonio, no se puede lograr sino a través de cautelar el contenido esencial de los derechos de sus integrantes. Por tanto, el legislador, en su regulación del matrimonio, si afectare derechos fundamentales, en tal caso, más que vulnerar una garantía institucional, faltaría al deber de respetar el contenido esencial de esos derechos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 19 N° 26 de la Constitución;

LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN.

14. Que, por otra parte, la Constitución tampoco define un modelo de familia. Al referirse a ella, en el artículo 1°, incisos segundo y quinto, señala: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (...) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las

personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” (Énfasis agregado);

15. Que, como se desprende del tenor literal de los preceptos transcritos, la Carta Fundamental reconoce que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”* y que *“es deber del Estado (.....) dar protección a la población y a la familia (...)”*. 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;

16. Que lo mismo se concluye al analizar el artículo 19 N°4° de la Constitución, que consagra el derecho al respeto a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia. La protección de este derecho no está supeditada a la celebración legal de un matrimonio. Un criterio de tal naturaleza vulneraría la esencia del derecho al

establecer un requisito que privaría de un derecho fundamental a una parte de la población. La honra familiar que se protege es amplia y sin fronteras;

17. Que lo anterior es razonable, considerando que la familia es una unión de individuos en la cual los sujetos desarrollan su intimidad en común. Además, como enseña la historia, la familia ha evolucionado profundamente hasta nuestros días, como se puede advertir, por ejemplo, de la simple lectura del artículo 815 del Código Civil. El concepto de familia que reconoce la Constitución trasciende al acuñado por el Código Civil. Así es reconocido por las ciencias sociales y jurídicas y, en especial, por los estudiosos del Derecho de Familia.

Los enunciados constitucionales referidos a la familia están estructurados de forma indeterminada y abierta, dejando a la ley la tarea de ir configurando la institución conforme al devenir social y cultural de la sociedad. Ello obedece a que las sociedades cambian y la familia siendo el núcleo basal de la misma, también evoluciona. La familia aparece universalmente como una realidad cotidiana cuyo significado, si bien resulta evidente, presenta características que varían en el espacio y en el tiempo. Ello, explica por ejemplo, por qué las

normas civiles que la regulan han evolucionado frente a las exigencias constitucionales (Tapia Rodríguez, Mauricio: "Constitucionalización del Derecho de Familia(s). El Caso Chileno: Las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, N°8, 2007). De lo contrario, esas normas pueden quedar obsoletas o perder vigencia;

18. Que ello, además, es coherente con una interpretación sistemática de la Constitución. Las normas citadas deben complementarse con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 1° de la Ley Suprema, que dispone que "*el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.*" (Énfasis agregado); y con lo que la Constitución señala al estipular que el Estado debe "*promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*".

A su vez, el Derecho de Familia desarrolla los principios y normas constitucionales y regula las relaciones que la constituyen: el parentesco, la alianza y los derechos y deberes entre sus integrantes. Al hacerlo establece un equilibrio entre la privacidad de la institución y el interés público comprometido en su protección;

19. Que los tratados internacionales sobre derechos humanos tampoco consagran un modelo único de familia. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado que *"... el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto..."* (Observación General N° 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, 1990, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 171);

20. Que así como hemos señalado que no es posible reconocer rango constitucional al matrimonio, tampoco es posible hacerlo respecto de un determinado modelo de familia.

Ello explica que el legislador y el administrador chileno hayan reconocido diversas modalidades de familia.

Por una parte, está la familia tradicional fundada en el matrimonio, a la cual se refieren en

forma lata el Código Civil y, en general, la legislación.

En segundo lugar, están las familias de hecho o convivientes. Respecto de ellas existe un conjunto de normas legales que les brindan reconocimiento y amparo. Por ejemplo, el Código Penal utiliza esta figura en los artículos 11 N° 4, 259, 367 bis, 369 y 390. Asimismo, el Código Procesal Penal se refiere a la convivencia en los artículos 108, 177 y 302. Pero, más allá de la dinámica penal, también pueden postular a un subsidio de vivienda para comprarla o construirla, según lo dispone el Decreto Supremo N° 174, de 2005, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En tercer lugar, están las familias monoparentales reconocidas en la Ley de Adopción (N° 19.620), en su artículo 21, o en el artículo 195 del Código del Trabajo. También son familias susceptibles del derecho al subsidio de vivienda o son sujetos activos de programas públicos como el Programa de Mujeres Jefas de Hogar.

Y, en cuarto término, están las familias reconstituidas, formadas luego de quiebres matrimoniales o de convivencias anteriores y en el marco de nuevas relaciones de pareja reconocidas legalmente. Respecto de ellas también el legislador se ha encargado de regular aspectos como la tuición de los hijos, cuestiones patrimoniales, etc.

Lo mismo hacen algunas convenciones internacionales. Así, por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño habla de la "*familia ampliada*" (artículo 5°);

21. Que, además, no debe olvidarse que en la actualidad la mayoría de los hijos nacen en el marco de uniones no matrimoniales. Asimismo, el porcentaje de personas que conviven ha crecido en las últimas décadas y han aumentado las familias monoparentales.

Por su parte, las relaciones entre los miembros de una familia han ido cambiando: mientras antes se observaba una marcada jefatura del hombre, hoy se ha incrementado la jefatura femenina y el mismo Código Civil ha sido reformado para reconocer la paridad de derechos entre hombres y mujeres en el matrimonio.

Un análisis de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia revela que ella desde hace décadas igualmente ha reconocido los derechos, principalmente patrimoniales, que emanan de la convivencia entre dos personas. Consecuente con lo anterior, diversas leyes también lo han hecho, dando un paso más al considerar los efectos jurídicos de las relaciones que se establecen entre los convivientes, como sucede, por ejemplo, en la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, en la definición del parricidio y en algunos cuerpos legales que establecen beneficios sociales (Barrientos, Jaime:

De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia. Legal Publishing, Santiago, 2009); Turner, Susan: "Uniones de hecho y su regulación legal", en *Estudios de Derecho Civil*, en Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios de Derecho Civil*, LexisNexis, Santiago, 2007; y "La unión de hecho como institución del Derecho de Familia y su régimen de efectos personales", en *Revista Ius et Praxis*, Talca, N°1, 2010).

Cabe recordar que esta misma Magistratura, refiriéndose al delito de parricidio y analizando la legislación reciente, ha considerado que la convivencia es asimilable al matrimonio en ciertas circunstancias. En sentencia Rol N° 1432, considerandos 36 a 38, señaló:

"TRIGESIMOSEXTO: Que, por otra parte, en la historia fidedigna del precepto se tuvo la intención explícita de asimilar la convivencia al matrimonio en relación a los supuestos y consecuencias que genera la violencia en la pareja (véase Informe Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, discusión sobre artículo 5° e Informe de la Comisión Mixta; discusión sobre los artículos 2° y 14). Ello nos permite circunscribir aún más la noción de convivencia, por su relación con el matrimonio; TRIGESIMOSÉPTIMO: Que en tal sentido cabe tener presente, además, que el legislador ha utilizado al

menos desde 1940 el concepto en diversas regulaciones, ya sea reconociéndole efectos jurídicos positivos a la convivencia, como titularidad sobre derechos, pretensiones judiciales, beneficios económicos o pensiones (Ley N° 16.282, sobre sismos o catástrofes naturales; Ley N° 19.696, que introdujo el Código Procesal Penal; Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia; Ley N° 19.980, que amplía los beneficios de la Ley N° 19.123 sobre reparación; DFL N° 1 de 2003, del Ministerio del Trabajo, que fijó el texto refundido del Código del Trabajo); así como fundamento de obligaciones para los convivientes (texto original de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias) e incluso en otras normas penales (Ley N° 19.617, que modificó las normas sobre delitos sexuales; Ley N° 19.927, que penaliza la pornografía infantil); TRIGESIMOCTAVO: Que, finalmente, hay que recordar que existe una interpretación judicial y doctrinaria muy sólida de su significado. En efecto, el término "convivencia" (anteriormente "concubinato") se utiliza desde hace varios años y ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales. Desde ya, nuestra Corte Suprema ha utilizado estos conceptos desde el año 1904 (Díaz Vargas con Carvajal, sentencia de 16 de diciembre, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. II, secc. 1ª, pág. 227), y le ha otorgado efectos

jurídicos y un reconocimiento a dicha relación como una institución que posee un lugar propio en el derecho privado. El reconocimiento de efectos jurídicos por los jueces a la convivencia es una constante en nuestro derecho civil (Ramos Pazos, René, "Derecho de Familia", T. II, 6ª ed., 2009, págs. 627 y siguientes). Sus elementos, de acuerdo a la doctrina especializada, son, por una parte, un elemento objetivo (corpus), el vivir juntos, y, por otra parte, un elemento subjetivo (affectio), la conciencia de compartir la vida en común. Dicha unión se caracteriza por ser lícita (adecuada al ordenamiento jurídico), notoria o pública, de naturaleza afectiva y por poseer contenido sexual (Donoso Vergara, Florencia, y Rioseco López, Andrés, "El concubinato ante la jurisprudencia chilena", Santiago, Lexis-Nexis, 2007; Barrientos Grandón, Javier, "De las uniones de hecho", Santiago, Lexis-Nexis, 2008, págs. 28 a 51, y Ramos Pazos, René, ob. cit., págs. 627 y 628; y la numerosa jurisprudencia citada por dichos autores);".

A su vez, la jurisprudencia de los jueces de fondo sobre parricidio ha entendido que el concepto de conviviente incluye, en forma extensiva, a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual (Juez de Garantía de Coquimbo en causa RIT N° 7.997-2008; e Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol N° 373-2006);

22. Que, en consecuencia, el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no.

Por ello, existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio sólo a personas de sexos diferentes;

LA IGUALDAD Y EL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL.

23. Que nuestro análisis no sería completo si no diéramos un paso más en nuestro examen de constitucionalidad. Además de la regulación de la familia y del matrimonio y de la constatación de falta de regulación de las uniones de hecho, a continuación examinaremos el asunto sometido a nuestro conocimiento a la luz de la igualdad ante la ley y del derecho a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad;

24. Que la igualdad es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, en donde se *"configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad*

humanista" (STC 1185, C.11). Por tanto, la igualdad constituye una presión permanente sobre el sistema legal y social; es un desafío constante por consagrar una mayor justicia material en un contexto social y cultural donde todavía subsisten desigualdades significativas.

A su vez, se trata de un derecho fundamental que *"reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario y que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación."* (Nogueira, Humberto: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 2, Librotecnia, Segunda Edición, 2008, p. 223);

25. Que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente engendra una cuestión básicamente relacional: el test de igualdad debe realizarse en consideración con otras personas, casos, situaciones u otros derechos fundamentales. Al respecto se ha señalado que: *"La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente*

considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones.” (Rubio Llorente, Francisco: *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640). *“En efecto, la igualdad sólo es posible entenderla y conceptualizarla a partir de la existencia de otros sujetos titulares del mismo derecho, de modo que se deba determinar con ello quiénes entran en la categoría de la igualdad y quiénes en la de la desigualdad.”* (Ministerio Secretaría General de la Presidencia: *Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006)*, Tomo I, LOM, 2010, p. 389);

26. Que de acuerdo a lo sostenido reiteradamente por esta Magistratura, el parámetro de control de la igualdad es el juicio de razonabilidad. *“La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19 N° 2° de la Constitución. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos (STC 1365, C.*

29; STC 28; STC 53; STC 219; STC 1138, C. 24; STC 1140, C. 19)“;

27. Que lo anterior es relevante, porque debe tenerse en consideración que las categorías “sexo” y “orientación sexual” corresponden a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación. Lo anterior exige realizar un examen más estricto de razonabilidad. Así se desprende de los artículos 1° y 19 N°2° de la Constitución, que señalan respectivamente que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que hombres y mujeres son iguales ante la ley. Por su parte, el mismo criterio es empleado por el Código Civil, al definir qué debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2°) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente.

Además, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1, se sostiene que el Estado debe respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, y señala enseguida: "*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*", identificando así una serie de criterios sospechosos de discriminación, entre los que se encuentra el sexo y se comprende la orientación sexual. Lo mismo hace la Convención Americana, en su artículo 1.1, al señalar que el Estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado sin discriminación, principio que se ve reforzado en el artículo 24 de dicha Convención, que consagra la igualdad ante la ley. Ello se ve reforzado por lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belén Do Pará, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Como lo ha sostenido este Tribunal, el empleo de estos criterios sospechosos puede transformarse en una categoría contraria a la igualdad ante la ley cuando manifieste el "*propósito de hostilidad contra*

determinada persona o grupo de personas" (STC Rol 986/2008; STC Rol 1414/2010);

28. Que, como se ha indicado, el legislador ha reconocido los efectos jurídicos de las relaciones entre parejas del mismo sexo, principalmente para efectos punitivos. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no contempla ninguna regulación explícita y completa de ese tipo de uniones. Cuando se excluye la proyección pública de una relación homosexual a través de los mecanismos que el legislador determine, se está sosteniendo, directa o indirectamente, que se trata de un tipo de relaciones de una calidad insuficiente, incapaz de dar origen a un conjunto claro de derechos y deberes. La omisión del legislador genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección para las uniones de personas del mismo sexo.

Desde un tiempo a esta parte se han presentado diversas iniciativas de ley destinadas a llenar ese vacío y a poner término a una falta de cumplimiento del deber del Estado de brindar protección y reconocimiento a ese tipo de convivencias;

29. Que será resorte del legislador verificar cuán profundo y extenso deba ser ese reconocimiento legal. A los poderes colegisladores les compete resolver las

cuestiones que atañen a los conflictos sociales y morales de nuestro tiempo, terminando con el déficit de regulación existente, y respetando las normas y principios constitucionales. En tal tarea el legislador deberá evitar toda forma de discriminación arbitraria o de menoscabo en la dignidad y derechos de las personas; incluso deberá procurar - como ha dicho el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en un caso similar al *sub lite* - que el principio de "iguales pero separados", que sirvió de fundamento al apartheid, no tenga aplicación en el Derecho de Familia en razón de la orientación sexual de los sujetos (CCT 10/04, 1/12/2005);

PRIVACIDAD, SEXUALIDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

30. Que, como hemos afirmado anteriormente, el artículo 19 N° 4° de la Constitución resguarda la esfera de las relaciones familiares, de la convivencia mutua, del afecto, del vínculo interpersonal, de los actos de amor y de las relaciones sexuales, entre otras conductas. Como ha dicho el Tribunal Constitucional de Alemania, la sexualidad forma parte de la vida privada y todas las personas tienen derecho a determinar su definición

sexual y a establecer relaciones con terceros respetando su libertad y madurez sicológica, según lo establezca la ley (sentencia de la Primera Sala de 21 de diciembre de 1977, en Schwabe, Jürgen (Compilador): *Cincuenta años de jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1982, p. 180 y ss).

No obstante referirse a la privacidad, algunos de estos actos se proyectan en la dimensión pública cuando dan origen a relaciones estables que pueden adquirir los rasgos fundamentales de la familia. Una manifestación clara de este reconocimiento público que hace el Estado es la creación de legislación específica para asegurar así el libre desarrollo de la personalidad;

31. Que si bien ha existido jurisprudencia dispar sobre el reconocimiento constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad, este Tribunal no puede negar lo evidente. Tal derecho se desprende del enunciado del artículo 19 N°7° y de otras disposiciones de la Constitución. El artículo 1°, inciso primero, al reconocer la dignidad de la persona; el artículo 1°, inciso cuarto, al señalar que es deber del Estado crear las condiciones que permitan a las personas

alcanzar el mayor desarrollo y realización espiritual y material posible. Esta cláusula ha sido entendida por este Tribunal como el "deber (que) abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto *derecho*. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos, cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad" (STC Rol N° 634, C. 21°). El mismo artículo 19 reconoce otros derechos fundamentales, que presuponen el libre desarrollo de la personalidad, tales como el derecho a la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, la libertad y seguridad individual, entre otros. Al respecto, este Tribunal ha señalado que "el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la

sociedad" (STC Rol N° 389, C. 21°, y Rol N° 433, C. 27°).

Asimismo, la Constitución efectúa una mención indirecta a este derecho en el artículo 19 N° 10°, al señalar que la educación tiene por objeto "el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida."

Por otra parte, el artículo 19 N° 7° se vincula directamente con el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en cuya virtud *"la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás"*. A ello, su artículo 5 agrega que *"la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad"*. ¿Por qué se emparentan estas normas? Por dos razones. Porque no es razonable la inexistencia de una norma constitucional que garantice la autodeterminación personal que sostiene todo el andamiaje de las libertades personales y públicas. Y, por otro lado, porque la regla del límite de las libertades en torno al daño a los demás está expresamente presente en el artículo 19 N° 7°, letra a), esto es, quedando a *"salvo siempre el perjuicio de terceros"*;

32. Que, consecuente con lo anterior, las personas son libres de vivir en pareja y tienen derecho a establecer lazos familiares. El Estado debe reconocer esa realidad, respetarla y brindarle amparo. Como ha señalado la Corte

Constitucional de Colombia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución de ese país: *"no existen razones atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales sólo merecen protección cuando se profesan entre personas de distinto sexo"*. (C-577/11);

33. Que el ejercicio de la sexualidad y la vida en familia no sólo deben ser objeto de protección en el ámbito de la vida privada, sino que su manifestación es más profunda, puesto que hunde sus raíces en la personalidad, o sea, en la constitución de una persona en cuanto tal y su expresión concreta debe dar origen al reconocimiento público que haga el legislador cuando se trate de una unión libre y estable. Ese es el mandato del artículo 19 N° 7° de la Constitución.

En esa dimensión la introducción de un juicio cultural adverso sobre grupos minoritarios históricamente vulnerables, como es el caso de los homosexuales, importa desconocer que se trata de una libertad que se ejerce sin daño a terceros.

El propio legislador ha concurrido a cambiar esta realidad discriminatoria transformando en corto tiempo acciones que eran definidas como delito, a ser hoy parte de un derecho.

En tal sentido, cabe recordar la argumentación de esta propia Magistratura en orden a considerar las diferencias normativas a la luz del principio del bien común. *"Las diferencias o discriminaciones entre las personas no tienen, de suyo o per se, inconveniente o contradicción en el texto de la Constitución si es que ellas tienen un sólido fundamento en el bien común, objetivo principal de la existencia del Estado. Es más, en algunos casos tales diferencias, algunas previstas por el propio constituyente, pueden resultar una saludable solución a conflictos, emergencias o requerimientos del bienestar general"* (STC 280, C. 20°);

COROLARIOS.

34. Que, al determinar el artículo 102 del Código Civil que el matrimonio es un contrato solemne que sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, establece una definición legal. Nada obsta a que, desde el punto de vista constitucional, el legislador cambie esta regla;

35. Que para efectuar tal modificación o para regular la convivencia de personas del mismo sexo, el legislador debe considerar que

todas las personas, más allá de su orientación sexual, gozan de dignidad y de la libertad necesaria para desenvolver su personalidad, así como de la protección que el Estado debe brindar a su vida privada personal y familiar.

La sexualidad forma parte de la privacidad y es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional de Alemania al afirmar que toda persona tiene derecho a determinar su definición sexual y su relación con la sexualidad, respetando la dignidad y libertad de los demás.

Las personas son libres de vivir en pareja y constituir lazos familiares. El Estado debe reconocer esa realidad, respetarla y brindarle amparo, guardando consideración de los derechos de las personas y los principios constitucionales y, por consiguiente, sin establecer ninguna diferencia que pudiera ser arbitraria;

36. Que legislar sobre la materia resulta aún más imperioso en nuestro país frente al vacío normativo que hoy existe. Ello deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a situaciones de menoscabo y desamparo. Existe en este punto una omisión legislativa y un déficit de protección que es preciso remediar con prontitud. Existe

una clara tendencia a regular estas situaciones en los diversos países;

37. Que, sin embargo, debemos dejar en claro que compete al Parlamento -y no a esta Magistratura- dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente.

Voto Particular redactado por los Ministros que lo suscriben.

VOTO DISIDENTE DEL MINISTRO SEÑOR HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE.

Acordada la sentencia con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, quien estuvo por acoger la acción de inaplicabilidad interpuesta, por las siguientes razones:

I. Sobre la forma.

No comparto la tesis que descalifica la admisibilidad o procedencia de la acción, en cuanto -por su ejercicio- se reformularía un sistema de normas de modo integral, redefiniéndose el instituto del matrimonio, así como pecaría de no decisiva la

aplicación del precepto objetado por la ausencia de impugnación constitucional de otras normas que regulan la materia.

Desde luego, el primer efecto se produce usualmente al excluir la aplicación de una norma -al constatar que provoca consecuencias inconstitucionales-, si la misma es el núcleo de una institución. De qué otra manera se explica, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad del D.L. 2695 -que trae aparejada la exclusión del régimen de regularización de títulos de dominio- o de la norma del artículo 206 del Código Civil, sobre aspectos de la filiación, que permite ejercitar una acción privada por la aplicación del precepto. Siempre que es declarada inaplicable una disposición base de un ordenamiento hay una reformulación del sistema de normas, en relación a la situación jurídica específica a que el caso se refiere. Por la naturaleza de la inaplicabilidad, cuya declaración sólo atañe a las partes del juicio, esa reformulación se da respecto de una relación jurídica particular, subsistiendo el estatuto jurídico impugnado en el régimen general.

Por otra parte, debe considerarse que la aplicación decisiva de la norma, que recaba la Constitución, implica considerarla fundamental, importante, pero no única, como parece reclamarse. Si otros preceptos atinentes al caso no son

reprochados, el juez de la instancia aplicará el criterio interpretativo que le permitirá decidir el asunto. No es esta Magistratura la encargada de excluir previamente la aplicación de una norma singular porque no se ha denunciado otra, tarea que le incumbe a las partes o interesados dentro de un procedimiento no inquisitivo.

Por último, el carácter consultivo que a menudo asume el requerimiento del juez -en este caso de la I. Corte de Apelaciones de Santiago- y que doctrinariamente se prefiere, invita entrar a resolver la materia de fondo propuesta, prescindiendo del rigorismo formal, máxime si se atiende a la trascendencia social mayúscula del asunto.

II. Sobre el fondo.

Comparto y suscribo los fundamentos de la prevención de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García, con excepción de lo expuesto en los numerales 2, 3 y 22 (acápito final). Sin embargo, por dichas motivaciones y las que se manifiestan a continuación, estimo que el requerimiento debe ser acogido y declararse inaplicable el artículo 102 del Código Civil en la gestión *sublite*.

1).- En 1857 (Scott v. Sandford), el Tribunal Supremo norteamericano, con una interpretación originalista, declaró la esclavitud conforme a la

doctrina de sus textos fundamentales. Sólo transcurrieron algunas décadas para considerar lamentable esa decisión, que contradijo la conciencia cívica de su época.

Una disposición legal puede acomodarse perfectamente al sistema jurídico constitucional del momento en que es dictada, como ocurre con el artículo 102 del Código Civil, perteneciente al texto que data de 1855. Pero siglo y medio después puede contradecir los valores, principios y derechos fundamentales que la Constitución consagra, tal cual son entendidos en este otro momento.

Por eso, la Corte Constitucional de Sudáfrica (en sentencia de uno de diciembre de dos mil cinco) cuando invalidó la cláusula heterosexual del régimen matrimonial, pudo afirmar que **"conforme cambian las condiciones de la humanidad y las ideas de la justicia y la igualdad evolucionan, los conceptos de los derechos también adquieren una nueva textura y significado. El horizonte de los derechos es ilimitado como lo son los deseos y las expectativas de la humanidad. Lo que ayer era considerado como justo por el derecho, hoy es condenado como injusto"**. Cuando se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el colonialismo y la discriminación eran vistos como fenómenos naturales, consagrados en las leyes de las naciones consideradas civilizadas y bendecidos por muchos

líderes religiosos al momento de su denuncia. El patriarcado, al menos tan viejo como la mayoría de los sistemas matrimoniales, defendido por tener sustento en un hecho biológico y condonado por muchos líderes religiosos, ya no es aceptado como la norma, al menos en una gran parte del mundo. La castración severa de las mujeres y los niños era tolerada por el derecho familiar y los instrumentos del derecho internacional en ese entonces, pero hoy se considera intolerable. De manera similar, aunque muchos de los valores familiares han permanecido constantes, tanto la familia como el derecho familiar se han transformado profundamente" (párrafo 102).

No se trata, entonces, de indagar sólo la intención del Constituyente, sino de reconocer cuál es la orientación y sensibilidad que prevalece hoy día, cómo se resuelven las diferencias o conflictos de valores y principios en este momento y cuáles son los que ostentan preeminencia.

Así, en nuestro país un conjunto de materias que antaño nadie observó desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución, contemporáneamente han sido cuestionadas. Citemos, a título ejemplar, la detención por sospecha, la censura cinematográfica, el secreto del sumario en el proceso penal, la prohibición de la

homosexualidad en ciertas instituciones, el servicio doméstico "puertas adentro".

En el derecho de familia, en particular, se observan institutos cuya contrariedad a los principios constitucionales progresivamente se ha dejado entrever (diferencias entre hijos legítimos y naturales, tuición exclusiva para uno de los padres, incapacidad de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, etcétera).

Para comprobar, una vez más, cómo cambia con los tiempos la percepción del derecho, transcribamos estos pasajes -sin duda penosos en una lectura contemporánea- del Mensaje de nuestro reputado Código Civil:

"La calidad de hijo legítimo es una de las más importantes que el derecho civil ha creado. ¿Cómo, pues, dejarla a la merced de pruebas testimoniales, tan fáciles de fraguar, si no en la vida de los padres, a lo menos después de sus días? ¿Penetrará la ley en las tinieblas de esas conexiones clandestinas, y les conferirá el derecho de constituir por sí solas la presunción de paternidad, que es el privilegio del matrimonio? Un comercio carnal, vago, incierto, en que nada garantiza la fidelidad de una mujer que se ha degradado, ¿será un principio de legitimidad, aunque no lo corrobore el juicio del padre? Y suponiendo que éste crea suya la prole ilegítima, ¿será obligado a legitimar un hijo

o hija de malas costumbres, y se le pondrá en la alternativa de no casarse o de introducir en su familia un germen de inmoralidad y depravación? Y el hijo por su parte, ¿irá contra su voluntad a participar del envilecimiento ajeno, y a poner la administración de sus bienes en manos de un hombre perdido?”.

No hay que olvidar que el análisis no debe centrarse en el concepto de matrimonio de 1855, sino en el de hoy día, y en su compatibilidad no con la Constitución de 1833, sino con el texto político de 1980, reformado sustancialmente varias veces -en particular en 2005-, tal como se aprehende actualmente su contenido y significado.

2).- Si se analiza la argumentación fundante de la exclusión del matrimonio entre iguales, se advertirá que el único principio constitucional (o bien jurídico protegido) invocado es la intangibilidad de la familia.

De contrario, los principios y derechos que se esgrimen para su defensa son la libertad, igualdad y dignidad de las personas, así como el conjunto de derechos de la personalidad.

Por un lado se consideran como básicas prescripciones constitucionales que merecerían resguardo privilegiado, tales como *"la familia es el núcleo fundamental de la sociedad"*, *"el Estado reconoce y ampara los grupos intermedios y les*

garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines" y "es deber del Estado dar protección a la familia" y propender a su fortalecimiento.

Por el otro, se califican como vitales los mandatos relativos a que **"las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"**, que **"el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible"** y que **"es deber del Estado promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional"**.

No hay duda que, para sus protagonistas, el matrimonio entre personas del mismo sexo expresa la plena realización de los valores de libertad, igualdad y dignidad humanas. Si se entendiera que hay oposición entre el ejercicio de tales derechos y la protección de la familia, una ponderación razonable del conflicto no puede sino dar preeminencia a la dignidad y derechos humanos de las personas por sobre los intereses de una institución social, por trascendente y respetable que ella sea.

3)..- Dígase lo que se diga, la resolución del asunto pasa por la consideración de la

homosexualidad. Es ésta, como toda orientación sexual, digna de ser reconocida y protegida o, por el contrario, una condición negativa, objeto de censura y reproche. En el largo recorrido histórico de la discriminación, a lo menos se ha pasado ya de su calificación como delito (sodomía) a su estimación como simple cualidad indeseable, un virus social que no debe propagarse. En sociedades culturalmente atrasadas, no adviene aún el momento de la tolerancia con la pura diferencia. **Por eso, la regla jurídica es tan importante para afirmar positivamente esta distinción, como se ha hecho ya con la llamada raza, el género y la discapacidad.**

En esta materia, subyacen prejuicios y motivaciones que no se explicitan, de antigua data. Por debajo de la argumentación lógica, se esconde una cierta idea de la homosexualidad, que sucesivamente la ha configurado como una deformación pervertida, una enfermedad o, finalmente, un "desorden" de la naturaleza. Por ello, para no dejar flanco alguno descubierto, se arremete incluso en contra del concepto "orientación sexual" -de amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos-, atribuyéndole una "ambigüedad (que) ha derivado, en otras naciones, en una distorsión de la sexualidad y de las bases de la familia, así como en un serio peligro para el ejercicio de numerosas libertades, entre otras la

religiosa" (reciente declaración de las Iglesias Cristianas de Chile).

Sin ambages (ver escrito de ONG. ISFEM, a fojas 212 y siguientes), se califica la homosexualidad como una "anomalía que consiste en la desviación de la atracción afectivo-sexual", el resultado "de una evolución psico-sexual deficiente, donde la persona no alcanza su madurez psico-afectiva"; **como una patología "curable"**; y se proclama que se ha llegado a conclusiones alarmantes sobre el vínculo entre la actividad sexual y la pedofilia, advirtiendo "que las personas homosexuales experimentan con más frecuencia que la población en general una salud más deteriorada" (mayor tasa de enfermedades mentales, enfermedades de transmisión sexual y tendencia al suicidio), y "mayores conductas de riesgo en sus relaciones afectivas" (más promiscuidad, mayor tasa de ruptura de relaciones, alta tasa de relaciones con menores de edad).

En el mismo sentido, se considera como una posición errada y discriminatoria sujetar la homosexualidad a un trato moral distinto (positivo), "dado que cierra toda posibilidad de revertir la tendencia". Se sostiene que "el derecho no debe proteger cualquier relación humana, sino las que implican valores imprescindibles para la organización comunitaria", negando al homosexual la

libertad fundamental que caracteriza a la persona humana y que le confiere su particular dignidad.

Como puede verse, toda este razonamiento ofende la dignidad humana y asigna al sujeto de una orientación sexual diversa, un trato vejatorio.

Es tal el peso del prejuicio discriminatorio que el homosexual, en cualquier época, ha tendido a recluirse y no asumir explícitamente su condición, por el fundado temor a la agresión (casos paradigmáticos son los del poeta Federico García Lorca, que hizo ostensible su orientación sólo en los últimos años de su corta vida, y de Gabriela Mistral, que sólo viene a develarse -no sin trémulas protestas- en la posteridad). En el presente se ha acuñado la frase "*salir del clóset*" para describir la asunción pública de la condición homosexual; un sector la aplaude por la reciedumbre moral que demuestra, y otro la reprueba, por la incomodidad que le produce su publicidad.

En una reciente encuesta (Estudios de Opinión Pública, de la Universidad del Desarrollo, de junio de 2011), se establece que para el 71 por ciento de los varones encuestados, en Chile se discrimina mucho a los homosexuales. **El punto central -en lo que interesa a esta causa- es determinar si la prohibición del matrimonio entre iguales evita o refuerza la citada discriminación. La respuesta parece obvia.**

4).- Con todo, sobre el ejercicio de la homosexualidad se contraponen visiones antropológicas diversas y puntos de vista doctrinariamente opuestos. Es decir, se trata de un debate ideológico. Y la Constitución, como es obvio, expresa el sistema de valores hegemónico de cada época; el intérprete debe, pues, escoger o preferir la conclusión que concuerda con los principios esenciales protegidos por aquélla, tal cual éstos se perciben en el momento.

Sobre la homosexualidad la historia no registra una visión única. La tolerancia hacia su práctica en el antiguo Egipto, Grecia y Roma derivó en épocas posteriores, en la sociedad de occidente, a una intensa represión. Puede afirmarse, sin duda alguna, que constituye hoy día -superadas sucesivamente, a lo menos en lo formal, la explotación del asalariado y otras formas de servidumbre, la discriminación racial y de sexos, las discapacidades- una de las discriminaciones más agudas de una minoría. Sólo parangonable con otro fenómeno discriminatorio propio de nuestra civilización, el que afecta al inmigrante.

Como toda discriminación, ésta es la consecuencia de una cierta estructura de poder, a la que sirve y sustenta. Por eso, se sostiene de contrario que **"el reconocimiento jurídico y legal de las parejas de personas homosexuales implica la**

construcción de un nuevo orden social caracterizado por un individualismo absoluto", argumentándose que "si el derecho prescinde de toda referencia antropológica y, por consiguiente, también ética centrará su atención exclusivamente en la **libertad de los individuos**". Se agrega que "**la legitimación social de las relaciones homosexuales constituiría un cambio real en nuestros marcos de referencia culturales. Y si efectivamente éstos tienen tal importancia para la constitución de la propia identidad (una importancia limitativa), su alteración no será nunca inocua.** Este es exactamente el punto en el que se debe reflexionar: ¿Cómo cambiará la sociedad si la homosexualidad y la heterosexualidad se empiezan a considerar como dos opciones igualmente válidas e igualmente valiosas? ¿Da lo mismo ser homosexual o heterosexual?". (Mons. Fernando Chomalí, edición, Centro de Bioética, PUC, páginas 48 y 52).

La única respuesta posible -desde la solidaridad y la "caridad", elementos cardinales de la ética cristiana- es un rotundo sí. Da lo mismo ser homosexual o heterosexual. Vicios y virtudes no se cualifican por la orientación sexual.

Quien cultiva la prédica contraria, ¿considera que su hijo o hermano homosexual -o su madre lesbiana- es un anormal o desviado, acreedor de menos derechos y consideración social que los

sujetos "normales"? ¿O se pretende que una cualidad de una minoría se transforme en mayoritaria -digamos que, en vez del 10% o 15% de la población, concierna al 51%- para estimarla digna de respeto?

5).- El punto esencial no reside en las características estructurales del matrimonio, como se verá, sino en determinar si la exclusión de las parejas del mismo sexo en el acceso a dicha institución constituye o no una discriminación arbitraria.

No obstante, ya que el único fundamento de la tesis contraria descansa en la supuesta naturaleza existencial de la heterosexualidad como fundamento del matrimonio, habrá que referirse al mismo.

En primer término, no debe desatenderse que la institución matrimonial, como cualquier otra, es una construcción social histórica. Sus elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana. Ha sido tradicionalmente una forma de institucionalizar la vida en común de una pareja heterosexual, pero nada impide -desde una visión secular- que acoja a parejas homosexuales o del mismo sexo (ambas cuestiones no son lo mismo; así, dentro de la actual legislación chilena no hay impedimento para que celebren el acto matrimonial uno o ambos contrayentes homosexuales).

En el matrimonio actual se ha perdido la función relevante de procrear (la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio y la aptitud para generar descendencia no es un requisito para celebrarlo), en desmedro de las finalidades propias de la vida en común. El objetivo esencial, más bien, expresa fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca.

Siendo así las cosas, debe invertirse la carga de la argumentación. Son los postulantes de la exclusividad heterosexual en el matrimonio quienes deben exponer las razones que la sostienen. Desde luego, procede descartar el razonamiento circular de que ello es así porque debe serlo y siempre lo ha sido. Tal aseveración simplemente nada explica. En definitiva, se aprecia la inexistencia de una justificación racional, de un fin lícito en la interdicción del matrimonio entre iguales.

El matrimonio "ideal" exige, de toda forma, probar que la exclusión de parejas del mismo sexo protege la unión heterosexual; sin embargo, no hay perjuicio alguno en la ocurrencia de ello. La prohibición no es necesaria para proteger los derechos de aquellos que sí pueden casarse. Aún mas, los detractores no han meditado que -en vez de verse debilitado por la inclusión de otros actores- la incorporación de parejas hoy excluidas a la

institución matrimonial, la amplía y probablemente la fortalece.

La búsqueda de supuestos de hecho diversos no debe realizarse mediante una comparación entre las diferencias fácticas de ambos, sino a través del fundamento de la norma, es decir, mediante la comprobación de si los distintos supuestos tienen diferente significación jurídica o no respecto a dicho fundamento.

La indagación establece que se trata de supuestos de hecho similares, pues en ambos casos se trata de la unión de dos personas plenamente capaces, que pretenden formar una comunidad de vida para construir un proyecto común. Así, el fundamento último de la norma, que es formalizar y legitimar el vínculo de dos personas para ejercer libremente su derecho a formar una comunidad de vida, es plenamente cumplido.

Por último, la regulación legal de las parejas del mismo sexo -ciertamente una mejoría en el maltrato social que les concierne- no borra la discriminación denunciada. Como se ha reiterado, ésta se produce por la exclusión del matrimonio.

6).- Los criterios limitados que se han expresado en sentencias del Consejo de Estado francés, Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal Supremo de Alemania, que no han trascendido las posibilidades del reconocimiento jurídico de las

uniones de hecho, se citan fuera del contexto cultural que los cobija, en sociedades donde la orientación sexual es un atributo, condición y bien reconocidos por la comunidad. Lo cierto es que el acceso de las parejas del mismo sexo a la institución matrimonial es una tendencia creciente en sociedades de alto desarrollo cultural, habiéndose consagrado ya en Bélgica, Holanda, Canadá, España y Argentina y en diversos estados de Norteamérica, así como en el Distrito Federal de México. Anteriormente el Tribunal Supremo de EE.UU. sentó las bases para legitimar el matrimonio entre parejas del mismo sexo cuando, en 1967 (en el caso *Loving v. Virginia*), anuló la prohibición de matrimonios interraciales, estimando el matrimonio como un derecho fundamental, y en 2003 (en el caso de *Lawrence v. Texas*), declaró la inconstitucionalidad de la calificación delictual de las relaciones homosexuales consentidas.

III. Conclusiones.

7).- Esta disidencia hará suya las conclusiones del informe presentado por Libertades Públicas AG, consignadas a fojas 189 y 190, y que se transcriben:

"1. Nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendió (sic) en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en

una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmando la igualdad de todas las personas.

2. Nuestra Constitución Política reconoce una serie de derechos que exigen conferir un tratamiento igualitario a todas las personas y una interpretación inclusiva de las instituciones sociales, como el matrimonio.

3. En primer lugar, el derecho a la igualdad ante la ley, necesaria consecuencia del reconocimiento de la misma dignidad intrínseca de que está dotada cada persona, impone al estado el deber de tratar con el mismo respeto a todas las personas, permitiéndoles desarrollar sus planes de vida autónomamente configurados, garantizando un igual acceso a las instituciones sociales.

4. La existencia de este deber de tratamiento igualitario y respetuoso de las diversas concepciones del bien que pueden desarrollar seres autónomos, como son las personas, es complementada en nuestra Carta por el principio de servicialidad, que impone al estado el deber de proteger y promover estas distintas opciones de vida, compatibles con el bien común.

5. Privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso a

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

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

7. *Todo lo señalado precedentemente nos permite arribar a una única conclusión: El Estado, cuando niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes y preciadas instituciones comunitarias, está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual y la igualdad ante la ley, al tiempo que incumple con el mandato constitucional de protección a la familia, entendido en términos amplios. La demanda de las parejas del mismo sexo no persigue que se les confiera un tratamiento especial, sino simplemente poder participar de los beneficios de la vida en sociedad, accediendo en términos de igualdad a una institución considerada indispensable para el desarrollo de los propios planes de vida, como es el matrimonio. Por estas razones, el artículo 102 del Código Civil debe ser declarado inconstitucional."*

Voto Disidente redactado por el Ministro que lo suscribe.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben, y los votos particulares concurrentes y el voto disidente, los Ministros que se indican en cada uno de ellos.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1881-10-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Se certifica que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de su feriado legal.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.