

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y MATRIMONIO
HOMOSEXUAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA
ROL N° 1881-2010, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011**

**CONSTITUTIONAL COURT AND HOMOSEXUAL
MARRIAGE. COMMENTARY OF THE AWARD
NO. 1881-2010 OF NOVEMBER 3RD 2011**

**COUR CONSTITUTIONNELLE ET MARRIAGE
HOMOSEXUELLE. COMMENTAIRE DE
ARRET 1881-2010, DE 3 NOVEMBRE 2011**

*Hernán Corral Talciani**

1. EL FALLO Y SUS ANTECEDENTES NORMATIVOS

Con fecha 3 de noviembre de 2011, el Tribunal Constitucional de Chile dictó sentencia en la causa Rol N° 1881-10, por la cual rechazó declarar inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 102 del Código Civil que exige que el matrimonio sea contraído entre un hombre y una mujer.

Para precisar el alcance de la sentencia, debemos tener presente que el referido precepto del Código 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”. Este artículo proviene de la redacción original del Código, debida al jurista chileno-venezolano Andrés Bello, y que ha tenido vigencia desde el 1° de enero de 1857. Cuando en 2004, el Congreso chileno aprobó el divorcio mediante una ley complementaria al Código Civil, que lleva el nombre de Ley de Matrimonio Civil, se planteó la modificación de la definición para suprimir la alusión a la indisolubilidad, pero finalmente se resolvió mantener inalterada la norma, atendido que las personas se casan pensando en que su unión será para toda la vida. Nadie pretendió, sin embargo, modificar la exigencia de que se tratara de una unión entre un hombre y una mujer. Más aún, frente a la posibilidad (hecha más tarde realidad) de que en otras legislaciones se aprobara el matrimonio homosexual, en la nueva ley se incluyó un nuevo precepto, el artículo 80, para disponer que el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con

* Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de los Andes (Santiago de Chile).

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”.

2. LOS HECHOS Y EL JUICIO PREVIO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

En este contexto normativo, y como parte de la presión del movimiento pro derechos homosexuales (liderados en Chile por el Movilh: Movimiento de Liberación Homosexual, y Fundación Iguales), tres parejas de varones, el 20 de octubre de 2010, interpusieron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 6787-2010). El recurso de protección equivale a lo que en otros países se denomina amparo constitucional; está previsto en la misma Constitución que dispone que el que “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio” de derechos y garantías establecidos especialmente en la Constitución, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones respectiva para que adopte “las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” (art. 20 Const.).

Los recurrentes expusieron que dos de ellos habían solicitado hora para contraer matrimonio entre sí ante el Registro Civil, solicitud que les fue denegada por el Oficial encargado. Las otras dos parejas solicitaron que se registrara el matrimonio que habían contraído en el extranjero (una de ellas en Argentina y la otra en Canadá), lo que también fue negado por el mismo Oficial. De esta forma los seis varones interponen recurso de protección porque estiman que la negativa a celebrar o inscribir el matrimonio entre ellos, fundada en su condición sexual, constituye un atentado al derecho de igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, y piden que la Corte declare arbitrario el actuar del Oficial del Registro Civil y ordene al servicio público otorgar hora para celebrar su matrimonio y proceder a inscribir los matrimonios celebrados en el extranjero.

La Corte de Apelaciones pidió informe al servicio recurrido, el cual contestó que el proceder del Oficial se ajustó plenamente a la legislación vigente, invocando el artículo 102 del Código Civil y el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil.

Antes de resolver el recurso de protección, y como medida para mejor resolver, la Corte de Apelaciones, con fecha 27 de diciembre de 2010, requiere al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre si debía o no aplicarse en el caso el artículo 102 del Código Civil.

3. EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional chileno no forma parte del poder judicial. Es un órgano autónomo, conformado por 10 ministros (jueces), cuya misión es velar por la constitucionalidad de los proyectos de ley (control preventivo) o de leyes ya publicadas (control represivo). Este último es el que interesa en este caso: según el artículo 93 N° 6 de la Constitución, corresponde a este Tribunal, “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Se trata del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que, según el mismo texto constitucional, puede ser planteado por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. En el caso, fue el juez (la Corte de Apelaciones), el que interpuso el requerimiento aunque más bien a modo consultivo y no alegando directamente la inconstitucionalidad del precepto legal.

La Corte, sin embargo, solo consultó por la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil y omitió incluir el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil.

El 26 de enero de 2011, una de las salas del Tribunal Constitucional examinó los requisitos del requerimiento y lo declaró admisible, junto con ordenar la suspensión del procedimiento sustanciado ante la Corte de Apelaciones.

El abogado de las parejas homosexuales se hizo parte en el requerimiento y alegó que la norma del artículo 102 del Código Civil era inconstitucional, por atentar contra diversas normas contenidas en la Constitución, por cuanto el concepto de matrimonio contenido en ese precepto legal 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 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.

El Tribunal notificó, para que expresaran su parecer, al Presidente de la República y a los Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado, sin que ninguno de ellos hiciera llegar pronunciamiento alguno. Solo el Director del Registro Civil envió un informe escrito sosteniendo que la actuación del servicio en el caso se había ajustado a derecho. Algunas ONG y profesores de Derecho hicieron presentaciones pidiendo al Tribunal rechazar el requerimiento; otra ONG abogó en cambio por la declaración de inaplicabilidad.

Traídos los autos en relación, en audiencia de 28 de julio de 2011, el Tribunal escuchó alegatos de los abogados que representaban a los recurrentes del recurso de protección y que pidieron que se declarara inaplicable por inconstitucional el artículo 102 del Código Civil.

4. LA SENTENCIA

Finalmente, el Tribunal, por 9 votos contra 1, llegó a la conclusión de que el requerimiento de inaplicabilidad debía ser rechazado. La razón invocada por el fallo se refiere a la naturaleza y propósito de esta forma de control de constitucionalidad que, según la Corte, solo puede hacerse cuando un precepto legal contrario a la Constitución resulte decisivo para la resolución judicial donde se pretende aplicarlo. Esto no se cumpliría en el caso, porque el artículo 102 del Código Civil que define el matrimonio se encuentra inserto en un amplio campo de normas que resultan aplicables por el juez y que conforman el estatuto del matrimonio: “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” (cons. 9°). Además de esta razón principal, el Tribunal añade que el requerimiento, al haberse circunscrito sólo al artículo 102 del Código Civil y haber omitido el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil que se refiere a los matrimonios contraídos en el extranjero, aparece mal formulado y determina que el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulte decisivo en la resolución del recurso de protección en lo que se refiere a las parejas que pedían el registro de su matrimonio contraído en el exterior.

El único voto en contra fue el del Ministro Hernán Vodanovic, quien sostuvo que el matrimonio es una construcción social histórica que en el estado actual ha perdido la función relevante de procrear para tener como objeto expresar fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca. Por ello, en su opinión, excluir del matrimonio a las personas del mismo sexo constituiría una discriminación arbitraria e injustificada.

5. VOTOS PARTICULARES

Los nueve ministros que concordaron en que el artículo 102 no debía ser declarado inaplicable por inconstitucional, adjuntaron votos particulares o preven- ciones para expresar otros puntos de vista adicionales que no forman parte de

la sentencia propiamente tal. Así, el Ministro Raúl Bertelsen considera que la ley no incurre en discriminación al exigir la diferencia de sexos para otorgar el estatuto del matrimonio, entre cuyos fines está la procreación, que sólo puede darse naturalmente con la unión de hombre y mujer; la Ministra Marisol Peña agrega que la regulación de un matrimonio entre un hombre y una mujer es indispensable para que la familia pueda constituirse en el núcleo fundamental de la sociedad, que es el garantizado por la Constitución, y que sobre esa base debe interpretarse el derecho esencial de contraer nupcias. Los Ministros Marcelo Venegas, Enrique Navarro e Iván Aróstica sostienen haber sido partidarios de que el Tribunal desechara la inaplicabilidad por no ser contrario a la Constitución el artículo 102 del Código Civil, ya que el contrato de matrimonio 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.

Por último, los Ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gayo y Gonzalo García sostuvieron que el concepto de familia consagrado en la Constitución es indeterminado, de manera que el legislador tiene competencia para ir regulando las diversas formas que el concepto puede asumir en la realidad social. Concluyen que compete al Parlamento, y no al Tribunal Constitucional, 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.

6. BALANCE Y PROSPECTIVA

¿Qué puede prospectarse para el futuro en el sistema matrimonial chileno después de esta sentencia? Hay que tener en cuenta que aún falta que la Corte de Apelaciones falle el recurso de protección, y que su decisión sea vista por la Corte Suprema, en caso de ser apelada. Dado que el Tribunal Constitucional determinó que el artículo 102 del Código Civil era aplicable al caso, lo más probable que es que las Cortes rechacen el recurso de protección por estimar que la negativa del Registro Civil no ha sido un acto ni ilegal ni arbitrario.

Pero queda el Congreso: se encuentran en tramitación un proyecto de ley que crea una especie de unión civil para personas de distinto o igual sexo: el pacto de vida en pareja, que cuenta con el patrocinio del Ejecutivo, y otro proyecto, de iniciativa parlamentaria, que modifica la definición del artículo 102 del Código Civil y permite el matrimonio homosexual.

Ante ambos proyectos, el Tribunal Constitucional puede ser llamado a pronunciarse ahora mediante el control preventivo, que es resorte de una cuarta

parte de los diputados o senadores. Algunos comentaristas, tomando en cuenta los votos particulares de los diferentes Ministros, han anunciado un eventual empate: 5 de ellos a favor de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y 5 en contra, con lo que decidiría el voto del Presidente (Ministro Bertelsen), conforme al artículo 8 letra g) de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (D.F.L. N° 5, de 2010). Pero esto es una especulación que, por una parte, solo se coloca en el caso del proyecto que consagra el matrimonio homosexual y no del que establece el acuerdo de vida en pareja. Además, incluso pensando en un proyecto de ley que dé acceso a los homosexuales al matrimonio, la sentencia que comentamos no constituye precedente alguno, ya que solo se emite para el caso concreto en el que se formula la inaplicabilidad y, además, por cuanto los votos particulares son expresión de ideas que no vinculan ni comprometen a los mismos ministros, que bien pueden matizar o cambiar las opiniones expresadas, ya sea en un sentido u otro. Todo ello, sin contar que también la composición del Tribunal podría no ser la misma cuando llegue a su conocimiento la cuestión de inconstitucionalidad.

Con todo, lo relevante es que el Tribunal Constitucional se ha negado a prestarse, como han hecho Cortes homólogas como las de Sudáfrica, Colombia y Brasil, para imponer a la sociedad chilena un modelo de matrimonio diverso del que plasmó la proverbial sabiduría de Bello en el artículo 102 del Código Civil y que fue expresamente y unánimemente reafirmado por el Congreso Nacional el año 2004 mediante la aprobación de la Ley de Matrimonio Civil.

Ante esta derrota, los voceros del movimiento-gay han anunciado que centrarán sus esfuerzos en el Parlamento para que se aprueben los proyectos que les otorgan unión civil o matrimonio. Veremos si los diputados y senadores del 2011 están dispuestos a acceder a sus demandas y alterar de esa forma la concepción de la familia y de matrimonio que han regido durante los 200 años del Chile republicano, así como si el Tribunal Constitucional tendrá que volver a resolver sobre el tema.