



ORIGINAL

000013  
trece

EN LO PRINCIPAL: SE HACE PARTE. EN EL PRIMER OTROSÍ: SOLICITA REQUERIMIENTO SEA DECLARADO ADMISIBLE. EN EL SEGUNDO OTROSÍ: SOLICITA REQUERIMIENTO SEA ACOGIDO. EN EL TERCER OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

### EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**JAIME ANDRÉS SILVA ALARCÓN**, abogado, cédula nacional de identidad N°13.456.093-2, domiciliado en calle Merced N° 280, oficina 41, Santiago, en causa rol N° 1881-2010, sobre acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, requerida con fecha 21 de diciembre del año 2010 por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, e ingresada a vuestro Tribunal con fecha 27 de diciembre del presente año; respecto del artículo 102 del Código Civil; en los autos rol N° 6787-2010 sobre recurso de protección; a este Excelentísimo Tribunal Constitucional respetuosamente digo:

Que en mi calidad de mandatario judicial, en los autos rol 6787-2010, seguido ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago; sobre recurso de protección deducido por el sucrito en nombre y representación de los señores don César Antonio Peralta Wetzel, Hans Harold Arias Montero, Víctor Manuel Arce García, José Miguel Lillo Isla, Stephane Abran y Jorge Manuel Monardes Godoy, vengo en este acto en hacerme parte en los presentes autos sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, para todos los efectos legales pertinentes.

Cabe hacer presente que mi legitimación para actuar en estos autos, según lo dispuesto en el artículo 79 inciso primero de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, deriva que, en representación de las personas antes expuestas, deduje recurso de protección, en la causa antes citada. En consecuencia,

siendo parte de dicha causa, me encuentro legitimado para hacerme parte del presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

**POR TANTO;**

Según el mérito de lo expuesto, de las normas legales citadas y demás preceptos aplicables en la especie,

**SOLICITO AL EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,** Se sirva tener al suscrito como parte en el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para todos los efectos legales.

**PRIMER OTROSÍ:** Que por medio de esta presentación, vengo en solicitar a S.S. Excelentísima que, de acuerdo al artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, declare admisible el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, solicitada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en autos sobre recurso de protección, número de ingreso 6787-2010; respecto del artículo 102 del Código Civil, en atención a los argumentos que expongo a continuación:

1) De acuerdo al artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado; y son personas legitimadas las partes en dicha gestión. Dado que en el presente caso el juez que conoce de la gestión pendiente es la Ilustrísima Corte de Apelaciones, quien ha promovido la cuestión de constitucional sometida a conocimiento de este Excelentísimo Tribunal, el

requisito para que el requerimiento sea declarado admisible contenido en el artículo 84 N° 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, consistente en que el mismo sea formulado por persona u órgano legitimado, se cumple en este caso.

2). El artículo 102 del Código Civil, respecto del cual la Iltrma. Corte de Apelaciones ha promovido cuestión de constitucionalidad, no ha sido sometido anteriormente a conocimiento de este Tribunal. Por esto, el requisito para que el requerimiento sea declarado admisible contenido en el artículo 84 N° 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, consistente en que el precepto legal cuya inaplicabilidad sea requerida no haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, se cumple en este caso.

3. El procedimiento de protección sometido a conocimiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago se encuentra actualmente en tramitación. Por esto, el requisito para que el requerimiento sea declarado admisible contenido en el artículo 84 N° 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y consistente en que exista gestión judicial pendiente en tramitación, se cumple en este caso.

4. El artículo 102 del Código Civil es un precepto de rango legal. Por esto, el requisito para que el requerimiento sea declarado admisible contenido en el artículo 84 N° 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, consistente en que la cuestión de constitucionalidad sea promovida respecto de un precepto de rango legal, se cumple en este caso.

5. El Artículo 102 del Código Civil, el cual ha sido identificado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago como objeto de este procedimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resulta decisivo para la resolución de la controversia suscitada en la gestión pendiente ante dicha instancia. Como S.S. sabe, una disposición legal es decisiva cuando su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción determina la forma como se resolverá un asunto, situación que ocurre en el presente caso con la cuestión planteada por vía de recurso de protección. A estos efectos, la jurisprudencia de vuestro Excelentísimo Tribunal

Constitucional ha señalado que *“basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar, los que deben estar asimismo indiscutiblemente subordinados a la Ley Fundamental”* (Causa Rol 634-2006, considerando octavo). En este caso en concreto, el artículo 102 del Código Civil influye sustancialmente en la resolución del conflicto suscitado. En efecto, los actos administrativos dictados por la oficial civil adjunto rechazando la celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo o la inscripción de matrimonios del mismo sexo celebrados en el extranjero tienen su fundamento justamente en las norma antes citada, la cual es estimada como inconstitucional por esta parte. Por esto, el requisito para que el requerimiento sea declarado admisible contenido en el artículo 84 N° 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, consistente en que el precepto legal impugnado tenga aplicación en la gestión pendiente o pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, se cumple en este caso.

6. El presente escrito contiene diversos argumentos de hecho y de derecho que permiten aseverar que se encuentra “razonablemente fundado”; expresión que, como lo evidencian –entre otras– las sentencias Rol N° 1700-2010, considerando 9º, y N°1866-2010, considerando 9º, este Excelentísimo Tribunal ha empleado como sinónima de la exigencia contenida en el artículo 84 N° 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de que el requerimiento posea fundamento plausible. Por esto, dicho requisito para que el requerimiento sea declarado admisible se cumple en este caso.

En conclusión, la cuestión de constitucionalidad promovida por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, y de la cual los recurrentes de protección solicitamos en este acto hacernos parte, cumple con todos los requisitos legales establecidos taxativamente en el artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que sea declarada admisible.

**POR TANTO:**

Y de acuerdo al mérito de lo expuesto y las disposiciones legales invocadas,

**RUEGO A ESTE EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL:** Acceda a lo solicitado, declarando admisible la cuestión de inaplicabilidad promovida por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y de la cual hemos solicitado hacernos parte.

**SEGUNDO OTROSÍ:** En adición a lo anteriormente solicitado, ruego a S.S. Excelentísima que tenga a bien acoger el requerimiento deducido ante este estrado, en virtud de las razones y fundamentos que a continuación expongo:

**A. ANTECEDENTES DE HECHO.**

1. Con fecha 23 de septiembre del año en curso, don CÉSAR ANTONIO PERALTA WETZEL, cédula nacional de identidad N°12.504.437-9, chileno, soltero concurrió junto a su pareja don HANS HAROLD ARIAS MONTERO, cédula nacional de identidad N°12.147.743-2, chileno, soltero, ante la Oficial Civil Adjunto doña Juana Soto Silva del Registro Civil de la comuna de Santiago, a fin de solicitar fecha de celebración o manifestación de matrimonio. Dicha funcionaria pública les señaló en el acto que no podía acceder a la solicitud toda vez que el artículo 102 del Código Civil prescribe que el matrimonio sólo se puede celebrar entre un hombre y una mujer.

2. Que con misma fecha, concurrió don VÍCTOR MANUEL ARCE GARCÍA, cédula nacional de identidad N° 14.477.272-5, chileno, soltero, junto a su pareja don JOSÉ MIGUEL LILLO ISLA, cédula nacional de identidad N°13.149.174-3, chileno, soltero, quienes habían contraído válidamente matrimonio en Argentina. Su intención era poder inscribir dicho vínculo matrimonial a fin que pudiera producir efectos en nuestro país. Ante la oficial civil adjunta ya individualizada, formularon dicha solicitud. Sin embargo, ésta se negó, señalando que -lamentablemente- no podía acceder a dicha solicitud toda vez que el artículo 80 de la Ley de matrimonio civil N° 19.947 señalaba que solo podía proceder a inscribir en Chile un matrimonio celebrado válidamente en el extranjero siempre que sea entre contrayentes de diferente sexo.

4. También en la misma oportunidad, STEPHANE ABRAN, cédula nacional de identidad para extranjeros N°22.618.414-7, canadiense, soltero, solicitó que se procediera a la inscripción de su matrimonio válidamente celebrado en Canadá, su país, con el ciudadano chileno JORGE MANUEL MONARDES GODOY, chileno, soltero, cédula nacional de identidad N°8.023.141-5. Por las mismas razones, la solicitud también fue denegada por la funcionaria ya individualizada.

5. Que estimando dichos actos administrativos como arbitrarios e ilegales, debido a que vulneran derechos fundamentales de mis patrocinados, interpuse con fecha 20 de octubre de 2010, en nombre de las personas precedentemente individualizadas, un recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, número de ingreso 6787-2010.

6. En dicha causa, con fecha 21 de Diciembre del presente año, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió requerir a vuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional, pronunciamiento acerca de la inaplicabilidad por

inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil; oficio recepcionado con fecha 27 de Diciembre del año 2010.

**B. NORMA LEGAL ESTIMADA INAPLICABLE POR SER INCONSTITUCIONAL.**

1. La norma legal que, según lo individualizado en el oficio N° 917-2010 de la Corte de Apelaciones, esta parte estima inaplicable por ser inconstitucional es el artículo 102 del Código Civil, norma que preceptúa: *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.*

**C. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES ESTIMADOS TRANSGREDIDOS Y FORMA EN QUE DICHS PRECEPTOS VULNERAN LAS REFERIDAS NORMAS.**

La norma legal antes citada vulneran los siguientes preceptos constitucionales:

**1. Artículo 1.**

**a. Artículo 1 inciso primero:**

*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

Dicha norma es vulnerada toda vez que, siendo intrínsecamente todas las personas iguales en dignidad y en derechos conforme consagra nuestra carta fundamental, el negar la posibilidad de contraer matrimonio a dos personas por su orientación sexual constituye un grave atentado contra el derecho que busca proteger esta norma constitucional. La orientación sexual de una persona no puede ser un impedimento para que en libertad puedan ejercer el derecho a contraer

matrimonio y formar una familia. Pensar de otra manera, significa que no todas las personas son libres e iguales en dignidad y derecho, sobre todo si no existen razones ni argumentos de carácter constitucional que permitan establecer un trato diferenciado entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo.

**b. Artículo 1 inciso segundo:**

*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.*

Negando la posibilidad de contraer matrimonio se está también vedando la posibilidad de conformar una familia, puesto que no obtienen como pareja una protección legal por parte del Estado que se manifieste en materias de filiación, de derechos sucesorios, de derechos patrimoniales que al no tener vínculo jurídico dejan a los miembros de la pareja en total indefensión. Esto es sumamente grave, ya que el texto constitucional de ninguna forma restringe la institución de la familia al concepto tradicional que de ella se tiene. Por este motivo, la definición o concreción de dicho concepto de familia esté entregada a los actores sociales, tales como mis representados, y a los operadores jurídicos, tales como este Tribunal. Y dado el concepto constitucional de servicialidad del Estado, los órganos que actúan en su representación -como esta corte- tienen la responsabilidad de identificar aquellas formas sociales que den concreción a los conceptos constitucionales y entregarles la protección que la Constitución ofrece.

**c. Artículo 1 inciso cuarto:**

*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.*

En efecto, negar la posibilidad de conformar una familia por la orientación sexual de quienes la conforman es incumplir el mandato constitucional de promover el bien común y crear las condiciones sociales adecuadas para dicha promoción. Es

limitar arbitrariamente el desarrollo espiritual y material de dos personas por el sólo hecho de querer hacerlo en el marco de su orientación sexual; orientación que -por lo demás- en nuestro ordenamiento jurídico es absolutamente lícita. En definitiva, es no respetar lisa y llanamente los derechos y garantías que esta carta fundamental pretende garantizar.

**d. Artículo 1 inciso quinto:**

*Es deber del Estado resguardar las 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.*

Al excluir la posibilidad de conformar una familia legalmente protegida, se está negando el derecho de participar de la vida nacional en igualdad de condiciones, de ser protegidos como familia y como parte de la población de nuestra nación. El Estado no puede discriminar a ninguno de sus hijos y mucho menos por tener una orientación tan personal y privada como lo es la sexualidad, que se desarrolla en el ámbito más íntimo de un ser humano. Al contrario, al Estado no le queda sino respetar al individuo en esta esfera. Al no darles cabida se está negando la integración en armonía de quienes al igual que otros contribuyen desde sus más variados ámbitos al desarrollo de la Nación, entregando todo su potencial como individuos en la vida laboral y social. Por ende, no existe justificación, mucho menos justificación alguna de carácter constitucional, para excluirlos de forma tan arbitraria del derecho que les asiste como seres humanos a la vida afectiva y familiar a que todos tenemos derecho.

**2. Artículo 5° inciso final.**

*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por*

*esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

El legislador, en el ejercicio de su actividad soberana, no puede vulnerar preceptos de rango constitucional y tratados internacionales sobre derechos humanos; cosa que ocurre cuando la ley establece un tratamiento discriminatorio respecto de las personas que pueden contraer matrimonio basada en la orientación sexual de aquellas. En lugar de ello, y en virtud del inciso final del artículo 5 de la Constitución de la Republica, los derechos consagrados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes deben ser respetados por los órganos del Estados, concepto que incluye al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional en su función de aplicación e interpretación de la Ley y la Constitución.

En diferentes tratados internacionales que han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes, se consagran, entre otros, dos derechos fundamentales a todas las personas:

- a) El derecho de todas las personas a contraer matrimonio, y;
- b) El derecho a no sufrir discriminación de ninguna índole en razón de la religión, raza, color, sexo, etc.

Estos derechos, en el caso de marras, están consagrados e infringidos de la siguiente manera:

#### **I.- DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO**

Este primer derecho está contenido por los siguientes tratados y de la siguiente manera:

**a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)**

*Artículo VI: Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.*

**b) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)**

*Artículo 16:*

- 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 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.*

**c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)**

*Artículo 17.-*

- 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 en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*
- 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*
- 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*
- 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.*

**d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)**

*Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:...1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.*

**e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**

*Artículo 23:*

- 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 tienen edad para ello.*
- 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*
- 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos."*

Todos los tratados señalados precedentemente establecen el derecho de las personas a contraer matrimonio y a formar una familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad. En especial, el Pacto de San José de Costa Rica, como es conocida la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige en el apartado 3 del Art. 17 "*el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*", y demanda que los contrayentes cumplan con 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*" (apartado 2, art. citado).

Es decir, la ley civil interna debe garantizar que las parejas que hayan expresado su libre y pleno consentimiento puedan contraer matrimonio; y dicha legislación interna no puede contener disposiciones que establezcan obstáculos basados en actitudes discriminatorias. La exigencia de la diversidad de los sexos, frente a los claros preceptos internacionales que vinculan a nuestro ordenamiento jurídico, es discriminatoria hacia las parejas de un mismo sexo.

El derecho a no sufrir discriminación, además, está contemplado expresamente en diversos tratados internacionales, como veremos a continuación:

## II.- DERECHO A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN

### **a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)**

*Artículo II: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.*

### **b) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)**

*Artículo 2: 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*

*Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

### **c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)**

*Artículo 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*

**d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)**

*Artículo 2: 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

**e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)**

*Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, 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.*

*Artículo 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.*

Frente a tan contundentes normas de *ius cogens*, la exigencia de la diversidad de sexo del artículo 102 del Código Civil, es insostenible por ser discriminatoria; por ende, es inconstitucional y así ha de ser declarado por este Excelentísimo Tribunal.

**3. Artículo 19 N° 2.**

*La Constitución asegura a todas las personas: N° 2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre.*

*Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*

Permitir que la legislación discrimine en la entrega de derechos, beneficios y otras titularidades según la orientación sexual de las personas constituye una discriminación carente de fundamento aceptable a la luz de las normas jurídicas fundamentales, tanto de nuestro ordenamiento interno como del ordenamiento internacional. Aún más, constituye una discriminación arbitraria, dado que no existe fundamento constitucional para establecer tal diferenciación.

En efecto, cuando la autoridad niega a dos personas la posibilidad de contraer matrimonio y formar una familia, basado sólo en el hecho de su orientación sexual, ella establece una diferencia sin fundamento que atentan directamente contra la libertad de la persona humana y de ser considerado un igual ante la sociedad y ante la ley. En otras palabras, discrimina arbitrariamente.

En la práctica, las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio o mantener relaciones de hecho. Sin embargo, las parejas homosexuales sólo pueden convivir, sin tener derecho a ningún tipo de protección legal con la consiguiente desigualdad de derechos que ello conlleva. Lo que es más grave, esta desigualdad jurídica proyecta hacia la sociedad un estigma con el que deben cargar las parejas del mismo sexo. Como es sabido, en las sociedades modernas la ley cumple importantes funciones simbólicas; y la desigualdad en materia de acceso igualitario al matrimonio robustece y perpetúa la falta de aceptación social de que son víctima aquellas personas que deciden organizar su vida de pareja de acuerdo a una orientación sexual distinta de la que caracteriza a la mayoría. Pero, ¿es justo que debido a su condición de minoría, dichas parejas deban sufrir el estigma social y que reciban una menor protección jurídica? ¿No es precisamente la función de la justicia constitucional el dar protección a aquellos que se encuentran en esa situación?

A lo largo de la historia, las personas homosexuales, bisexuales y transexuales han sido segregadas, apartadas, estigmatizadas, torturadas y, en ocasiones, condenadas a muerte. En varios países a lo largo del mundo siguen siendolo. Frente a este historial de abusos y opresión, el sueño de conquistar libertad e igualdad ha guiado durante todos estos años el camino hacia el reconocimiento de la plena dignidad de todos los varones y mujeres. Ahora bien, para el Derecho dicho sueño de libertad e igualdad es más que eso: es una promesa, establecida en tratados internacionales y en nuestra Constitución, que hoy espera ser cobrada por numerosos ciudadanos y ciudadanas.

La lucha de las personas homosexuales, bisexuales y transexuales por la igualdad formal y material no es distinta, en fundamentos y finalidad, a la que emprendieron, en su momento, otros grupos históricamente discriminados según su sexo, raza, origen nacional, o condición social. También a ellas y a ellos se les negaban derechos, incluida la posibilidad de contraer matrimonio en plenitud e igualdad, y, en algunos aspectos, en los hechos se los consideraba incapaces o se les negaba, incluso, el reconocimiento como personas. Recordemos que en muchos países estuvieron prohibidos los matrimonios interraciales, con argumentos igualmente discriminatorios y antidemocráticos que los que hoy se utilizan en otros países para prohibir los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Hoy nadie cuestiona que la discriminación por razón de sexo o de raza es contraria a los valores del constitucionalismo democrático. De lo que se trata, pues, es que tampoco sea posible discriminar por razón de la orientación sexual o la identidad de género. Nadie debería sufrir la discriminación, que es una forma de opresión que embrutece tanto a quienes la practican como a quienes la sufren sin actuar contra ella.

Vivimos en una sociedad plural y diversa donde todas y todos deben integrarse con independencia de su sexo, creencia, raza, orientación sexual, identidad de género o cualquier otra condición social o personal. Los órganos del Estado tienen

la responsabilidad constitucional precisamente de ser capaces de identificar los “signos de los tiempos” y aplicar las normas fundamentales que sustentan nuestro pacto político de acuerdo a ellos.

#### **4. Artículo 19 N° 3.**

*La Constitución asegura a todas las personas: N° 3.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.*

Quien ha determinado libremente ejercer su derecho a formar pareja, a contraer matrimonio y a formar una familia, no puede verse privado de la protección de la ley por el sólo hecho de su orientación sexual. Sin embargo, las disposiciones legales cuestionadas en este procedimiento privan precisamente a las parejas del mismo sexo de la igual protección de la ley en el ejercicio de diversos derechos, como esta parte ha venido reiteradamente señalando.

#### **5. Artículo 19 N° 4.**

*La Constitución asegura a todas las personas: N° 4.- El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia.*

Ya nos hemos explayado sobre la falta de protección en que se encuentra la familia constituida por personas del mismo sexo. Por añadidura, la discriminación arbitraria que establece el legislador en el artículo 102 del Código Civil, constituye un atentado a la honra de aquellas personas que desean formalizar su vínculo de pareja y que no cumplen el requisito de diversidad de sexos que dicho precepto establecen y que estimamos inconstitucional. En efecto, dicho requisito – careciente de fundamento e inadecuado a la realidad de la sociedad chilena actual – cubre de estigma social al transformar en ciudadanos de segunda clase a aquellas parejas que no pueden contraer matrimonio por su orientación sexual.

**6. Artículo 19 N° 9.**

***La Constitución asegura a todas las personas: N°9.- El derecho a la protección de la salud.***

En efecto, el derecho a la protección de la salud establecido en nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales de derechos humanos, se ve infringido por los artículos estimados inconstitucionales que privan a personas del mismo sexo a contraer matrimonio. Ha sido demostrado científicamente que el matrimonio conlleva una serie de ventajas y beneficios en el aspecto de la salud. En efecto, según han señalado diversos estudios, como por ejemplo, el elaborado por la Universidad de Virginia en la obra "*Why Marriage Matters, Second Edition: 26 Conclusions from the Social Sciences*" dirigido por el profesor Bradford Wilcox, se ha estimado que el número de casados que manifiestan ser felices es dos veces mayor que entre los divorciados o los adultos que nunca se han casado. Asimismo, Las mujeres, especialmente, obtienen un alto grado de beneficios psicológicos de sus relaciones matrimoniales que se comprueba por su bajo índice de depresión y suicidios. Por su parte, el profesor Bradford Wilcox, en su obra *Marriage and Mental Health in Adults and Children* ha concluido que: "Sólo el 7% de los americanos casados dijeron que "no estaban tan felices" con la vida en general. En cambio, la proporción de casados que reportaron ser felices es dos veces mayor que los divorciados o los que nunca se han casado".

En consecuencia, privar de los beneficios efectos para la salud que presenta como propiedad el matrimonio, por una disposición arbitraria y discriminatoria, constituye un atentado al derecho a la salud, consagrado en esta disposición constitucional.

**7. Artículo 19 N° 18.**

***La Constitución asegura a todas las personas: N° 18.- El derecho a la seguridad social.***

En nuestra sociedad el matrimonio tiene efectos en el ámbito de la seguridad social, ya que las parejas que acceden al derecho a contraer matrimonio gozan de beneficios relativos a la protección ante la vejez, muerte, discapacidad, enfermedades o accidentes, maternidad, desempleo y todas las llamadas contingencias sociales. Dichas contingencias sociales crean estados de necesidad mayores a las que pueden enfrentar las personas que se encuentran unidas de hecho. En estas circunstancias, el prohibir el matrimonio entre personas de un mismo sexo o es una acción discriminatoria que afecta el legítimo derecho constitucional de la persona a acceder efectivamente a la seguridad social que sus condiciones de vida le ofrezcan.

#### **8. Artículo 19 N° 24.**

*La Constitución asegura a todas las personas: N° 24.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Ésta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

Una importante consecuencia del matrimonio son sus efectos respecto de los bienes que pudieran adquirirse durante su vigencia. En ese orden de cosas, nuestro ordenamiento jurídico contempla todo un estatuto relacionado a los diversos regímenes patrimoniales, estatuyendo reglas especialísimas respecto de la simple comunidad.

En ese sentido, la existencia de dos regímenes distintos según si la pareja está compuesta por personas del mismo o de distinto sexo constituye un fracaso del legislador en entregar la protección debida a la propiedad de dichas personas. Si la pareja está integrada por personas de distinto sexo que hayan contraído matrimonio, la ley les otorga un estatuto beneficioso en cuanto a la administración

y destino de dichos bienes, estableciéndose incluso patrimonios reservados en el caso de la sociedad conyugal, el derecho de adjudicación preferente de la mujer casada, o el de ser legitimario y primer llamado a suceder en la sucesión intestada al cónyuge sobreviviente. Sin embargo, la situación de las parejas del mismo sexo es radicalmente distinta. Ellas, al no poder contraer matrimonio según lo prescrito por las normas estimadas inconstitucionales en este requerimiento, sólo pueden adquirir bienes en comunidad –si así lo acordaran– o bien ingresarlas al patrimonio de una de las personas. Dicha diferencia no sólo es arbitraria: es también gravosa desde la perspectiva de la propiedad.

#### **9. Artículo 19 N° 26.**

*La Constitución asegura a todas las personas: N° 26.-La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

Este numeral, como bien se ha entendido, no establece un derecho constitucional sino más bien una garantía general para todos los demás derechos que la carta fundamental establece. Bajo el alero de esta norma que sirve de mecanismo de reafirmación de la supremacía constitucional, se entiende que las leyes no pueden vulnerar ni la letra ni el espíritu de los preceptos constitucionales. Concretamente, se establece en este numeral la seguridad de que las normas legales que complementen o regulen derechos o garantías constitucionales no pueden alterar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Ahora bien, al hablar de preceptos legales, nos estamos refiriendo a cualquier norma con carácter de ley.

De existir normas legales que vulneren los derechos establecidos por la constitución corresponderá al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la inaplicabilidad de la misma por razones de inconstitucionalidad.

En cuanto a qué se debe entender por "*afectar un derecho en su esencia*", es el propio Tribunal Constitucional quien ha señalado que significa "*privarlo de aquello que es consustancia a ese derecho, sin lo cual ese derecho dejaría de ser lo que es*". Esto ocurre en el presente caso, al reconocérseles a las personas la igualdad ante la ley pero privar a algunas personas de su derecho a contraer matrimonios solamente en razón de su orientación sexual.

Al respecto, cabría preguntarse ¿cuál es la esencia del derecho a la igualdad consagrado tanto en el artículo 1 inciso 1 de la Carta Fundamental y en el artículo 19 número 1? No parece equivocado sugerir que el derecho a la igualdad supone el derecho a *ser legítimamente quien se es*, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. *No se es igual en la medida de la ley sino ante ella*; por esto, la ley no debe discriminar entre los ciudadanos, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades.

Es por esto, que el artículo 102 del Código Civil infringe esta disposición constitucional, al discriminar y segregar a un grupo de personas que por tener una orientación sexual determinada no se les trata de manera igualitaria ante la ley, y estableciendo requisitos que limitan la esencia de la garantía de que todas y cada una de las personas sean iguales bajo nuestra Constitución.

#### **D. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA.**

El asunto sometido a conocimiento de este Tribunal, así como los fundamentos de nuestra solicitud, han sido objeto de conocimiento y resolución por parte de

múltiples cortes constitucionales o iusfundamentales en otras jurisdicciones. Si bien dichos pronunciamientos no son vinculantes para este Tribunal, ellos le permiten a esta parte ilustrar cómo otros organismos jurisdiccionales han razonado al enfrentarse a problemas similares a los aquí planteados. La siguiente selección, que ciertamente no es exhaustiva, revela cómo tribunales de diversas jerarquías jurisdiccionales –internacionales, nacionales, estatales– han aplicado diversos instrumentos jurídicos –convenios, constituciones nacionales y estatales, disposiciones de todo tipo– a fin de hacer justicia en el caso concreto.

**a) Corte Europea de Derechos Humanos, *Dudgeon v. The United Kingdom*, (1981):**

En este caso, la Corte se enfrentó al problema de si la legislación vigente en Irlanda del Norte, que criminalizaba toda actividad sexual entre personas del mismo sexo, violaba el Artículo 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos. Dicha disposición garantiza a todo individuo el “derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su hogar y de su correspondencia;” y establece que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. La Corte Europea consideró que la legislación en cuestión, que interfería en la privacidad y autonomía del litigante, no cumplía con la condición de ser *necesaria* en una *sociedad democrática*. Así, resolvió que la legislación en comento constituía una “interferencia injustificada” con el derecho al respeto de la vida privada; criterio que jurisprudencialmente tiene plena aplicación en el presente caso, dado que la discriminación contenida en la disposición recurrida del Código Civil –restrictiva de los derechos constitucionales, iusinternacionales, y legales antes mencionados– carece de *necesariedad*.

**b) Corte Suprema de Estados Unidos, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986):**

Este caso, como es sabido, fue revertido casi dos décadas más tarde por la misma Corte en la importante sentencia *Lawrence v. Texas*, a la cual ya nos referiremos. Precisamente por ello, cobra importancia el voto de minoría presentado por el Juez Harry Blackmun y suscrito por los Jueces Brennan, Marshall, y Stevens, el cual reformula la discusión del voto de mayoría –la existencia o no de un derecho a incurrir en relaciones sexuales con personas del mismo sexo– como un asunto de *privacidad y libertad de asociación íntima*. Como escribe el Juez Brennan, “el hecho de que los individuos se definan a sí mismos en un importante sentido mediante sus íntimas relaciones de carácter sexual con otros” sugiere “que pueden haber varias maneras ‘correctas’ de conducir dichas relaciones, y que gran parte de la riqueza de esas relaciones provendrá de la libertad que el individuo tenga para escoger la forma y naturaleza de sus vínculos personales”. Adicionalmente, señalaba el Juez Brennan, dicho caso no involucraba “una interferencia real con los derechos de terceros, ya que el mero conocimiento de que otros individuos no adhieren a los valores de uno no puede constituir un interés jurídicamente protegido,” ni menos aún “puede justificar el invadir los hogares, corazones, y mentes de ciudadanos que escojan vivir sus vidas de manera distinta”. Por su parte, el Juez Stevens presentó un voto de minoría propio en el que señaló que “el hecho de que una mayoría gobernante en un Estado haya tradicionalmente considerado una práctica en particular como inmoral no es razón suficiente para respaldar una ley prohibiendo esa práctica”. Dichos razonamientos, como es evidente, valen para el presente caso.

**c) Corte Suprema de Estados Unidos, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003):** Con este caso, el tribunal máximo de los Estados Unidos revirtió la anterior sentencia y declaró inconstitucional la prohibición jurídica de las relaciones consentidas entre

adultos del mismo sexo; declarando enérgicamente que “la Libertad presupone una autonomía del sujeto que incluye la libertad de pensamiento, de creencias, de expresión, y de ciertas conductas íntimas”. Declarando que “*Bowers* no era correcto cuando fue decidido, ni es correcto hoy,” la Corte observó que “las leyes y tradiciones de la última mitad del siglo” muestran “una creciente conciencia de que la libertad entrega una protección substancial a las personas adultas para decidir cómo conducir sus vidas privadas en asuntos relacionados con su sexualidad”. Para la Corte que decidió *Lawrence*, este asunto va más allá de lo estrictamente sexual; tiene que ver con la forma de atribuirle significado a la vida propia, ya que “las personas que forman parte de una relación homosexual pueden ejercer su autonomía” para explorar “el derecho a definir un concepto propio de existencia, de sentido, del universo, y del misterio de la vida humana”, “de la misma manera que lo hacen las personas heterosexuales”.

**d) Suprema Corte Judicial de Massachusetts, *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2003):** Este pronunciamiento, uno de los primeros en referirse directamente al asunto del matrimonio igualitario, se sustenta en una fuerte reivindicación del rol social e individual que desempeña el matrimonio. El matrimonio, sostuvo la Presidenta de la Corte Margaret Marshall, “es una institución social vital. El compromiso exclusivo de dos individuos para con el otro entrega amor y respaldo mutuo; trae estabilidad a nuestra sociedad”. Para aquellos que escogen casarse, “entrega abundantes beneficios legales, financieros, y sociales. A cambio impone importantes obligaciones legales, financieras, y sociales.” Dada la importancia de dicha institución, la Corte llegó a la conclusión de que “excluir a un individuo de las protecciones, beneficios, y obligaciones del matrimonio civil únicamente porque esa persona desee contraer dicho vínculo con una persona de su mismo sexo” violaba la Constitución del Estado de Massachusetts. Esto, porque “la Constitución de Massachusetts”, declaró la Corte, “afirma la dignidad e igualdad de todas las personas,” así como “prohíbe la creación de ciudadanos de

segunda clase". Cabe destacar que la disposición constitucional aplicable, como lo señala el voto concurrente del Juez John Greaney, es el Artículo 1º de la Declaración de Derechos del Estado de Massachusetts, que declara que "Todas las personas nacen libres e iguales y tienen ciertos derechos naturales, esenciales, e inalienables; entre los cuales está el derecho a gozar de su vida y libertades y de protegerlas; de adquirir, poseer, y proteger su propiedad; en fin, aquel de perseguir y obtener su seguridad y felicidad. La igualdad ante la ley no será negada o restringida en virtud del sexo, raza, color, credo, u origen nacional". Como es evidente, el texto constitucional invocado en esta resolución judicial guarda amplias semejanzas con los textos constitucionales vigentes en nuestro propio país, particularmente con los artículos 1º y 19º de nuestra Carta Fundamental.

e) **Corte Suprema de New Jersey, *Lewis v. Harris*, 188 N.J. 415 (2006):** Este caso guarda similitudes con la situación de nuestros representados, dado que en él siete parejas del mismo sexo unidas en relaciones estables acudieron a los servicios municipales respectivos para solicitar inscripción matrimonial, cuestionando con posterioridad la constitucionalidad de la legislación estadual en materia de matrimonio tras haberles sido negada dicha inscripción. Según expresa esta sentencia, los litigantes argumentaban que estaba en juego "el derecho de todo adulto a escoger con quién contraer matrimonio sin interferencia estatal". El Juez Barry T. Albin, en el voto de mayoría, observó a la luz de ello que el problema en cuestión no era "la transformación de la definición tradicional del matrimonio, sino la *entrega desigual de beneficios y privilegios*" a un grupo de personas, las parejas del mismo sexo, "que se encuentran en una *situación similar*". La Corte resolvió que esta disparidad era inconstitucional a la luz del Artículo I, Parágrafo 1 de la Constitución de New Jersey: "Todas las personas son por naturaleza libres e independientes, y tienen ciertos derechos naturales e inalienables, entre los cuales

se encuentran los de disfrutar y defender su vida y libertad, de adquirir, poseer, y proteger su propiedad, y de buscar y obtener seguridad y felicidad”.

**k) Corte Suprema del Estado de New York, *Martinez v. County of Monroe*, 850 N.Y.S.2d 740 (2008):** Mediante este fallo, la Corte resolvió que un matrimonio del mismo sexo realizado en otro estado debía ser reconocido por el estado de New York.

**f) Corte Suprema de California, *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008):** Mediante esta decisión, la Corte Suprema de California resolvió que en la situación de las parejas del mismo sexo era aplicable el estándar de revisión judicial conocido como “escrutinio estricto”, que levanta la presunción de constitucionalidad de la norma e invita a su análisis crítico, dado que Control estricto se aplica aquí porque “(1) debe entenderse que las disposiciones legislativas clasifican o discriminan sobre la base de la orientación sexual, una característica que creemos representa –tal como el género, la raza o la religión– una base constitucionalmente sospechosa para imponer un trato diferenciado; y (2) la diferencia de trato en cuestión afecta el interés fundamental de una pareja del mismo sexo de que su relación familiar sea tratada con el mismo respeto y dignidad que recibe una pareja heterosexual”. El derecho a contraer matrimonio y los atributos tradicionalmente asociados con dicha institución, concluyó la Corte, “son tan integrales a la libertad del individuo y la autonomía personal que no pueden ser eliminados o derogados por el Poder Legislativo o por el electorado”.

**g) Corte Suprema de Connecticut, *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135 (2008):** En esta sentencia el Juez Richard Palmer, escribiendo en nombre

de la mayoría, expresó que “nuestro concepto tradicional del matrimonio debe ceder a una comprensión más contemporánea de los derechos que deben gozar de protección constitucional”. A la luz de dicha comprensión, “interpretar nuestras disposiciones constitucionales estatales de acuerdo a principios firmemente establecidos en materia de igual protección de la ley conduce inevitablemente a la conclusión de que las personas gay están autorizadas a casarse con la persona del mismo sexo de su elección”; cualquier otra decisión, sostuvo la Corte, “nos exigiría aplicar un conjunto de principios constitucionales a las personas gay y otro a todos los demás”.

**h) Corte Suprema de Iowa, *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (2009):** Sobre la base de argumentos similares a las de las cortes antes mencionadas, el Juez Mark Cady escribió en nombre de una Corte unánime que “Estamos firmemente convencidos de que la exclusión de gays y lesbianas de la institución del matrimonio civil no involucra ningún objetivos gubernamental importante. El legislador ha excluido a una clase históricamente desfavorecida de personas de una institución civil sumamente importante, sin una justificación constitucional suficiente. No hay ningún hecho material, genuinamente en disputa, que afecte esta determinación”.

**i) Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Massachusetts, *Gill v. Office of Personnel Management*, 699 F.Supp.2d 374 (2010):** A diferencia de los casos anteriores en materia de matrimonio igualitario, resueltos por las máximas instancias jurisdiccionales de diversos estados de los Estados Unidos, en Gill ha sido un juez federal, el Juez de Distrito Joseph Tauro, quien se ha pronunciado declarando inconstitucional la ley federal conocida como Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA, por sus iniciales en inglés). Dicha disposición federal, aprobada en 1996, dispone que ningún estado de los EE.UU. ni otra subdivisión política dentro del mismo país debe dar a una unión entre personas

del mismo sexo el tratamiento que entrega a los matrimonios legalmente reconocidos entre personas de distinto sexo. Asimismo, la DOMA define el matrimonio como “la unión legal entre un hombre y una mujer” para efectos del aparato administrativo federal. El Juez Tauro resolvió que esta última disposición carece de fundamento racional, dado que “esta Corte no puede pensar en ninguna forma en la cual la diferencia [en la orientación sexual] pueda ser relevante para la entrega de los beneficios en cuestión [asociados al matrimonio]”. A la luz de ello, el Juez Tauro calificó el fundamento detrás de esta disposición como “un prejuicio irracional” que “*nunca* puede constituir un interés gubernamental legítimo”.

j) **Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California, *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F. Supp. 2d 921 (2010):** Mediante esta resolución, otro juez federal resolvió sobre la validez del plebiscito conocido como Proposition 8 mediante el cual se sometió a votación la inclusión de una prohibición en la carta fundamental californiana al matrimonio entre personas del mismo sexo. El Juez Vaughn Walker resolvió, respecto a esto, que si bien “una iniciativa adoptada por los electores merece un gran respeto”, cuando ésta se vea cuestionada jurídicamente “la determinación de los votantes debe encontrar al menos algún respaldo,” particularmente cuando “sus determinaciones legislen sobre clases de personas”. “Conjeturas, especulación y miedos no son suficientes”, declaró el magistrado.

Estos casos sugieren que en la resolución del asunto sometido a la jurisdicción de este Tribunal, los principios fundamentales que estructuran un documento constitucional como el nuestro –esto es, la igual dignidad de toda persona y su correspondiente libertad– resultan de decisiva importancia para su correcta resolución.

## E. CONCLUSIÓN.

Esta parte estima el acto administrativo que dio inicio a la acción de protección como arbitrario e ilegal (en un sentido amplio, incluyendo a la Constitución como un integrante del bloque de legalidad). Esto, por cuanto se funda en normas legales que infringen otras disposiciones de mayor rango; esto es, las normas constitucionales antes citadas. Como consecuencia de ello, dicho acto afecta una serie de derechos fundamentales cautelados por la acción de protección. Por esto, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad perseguida en este caso resulta necesaria para que, al ser declarado inaplicable dicho precepto legal, la acción de protección puede ser resuelta según las normas constitucionales y los tratados internacionales vigentes y no por normas inconstitucionales.

Es menester tener presente que la cuestión sometida a decisión de este Excelentísimo Tribunal es una materia de profundo interés nacional. En efecto, son cada vez más numerosas las familias que no podemos enmarcar en el concepto tradicional. Sin embargo, la legislación aplicable no refleja dicha diversidad social, pese a la igual libertad y dignidad que nuestro ordenamiento ofrece a todas las personas. Como consecuencia de ello, un numeroso grupo de personas no pueden acceder al estatuto jurídico que ofrece el matrimonio.

El concepto del matrimonio, así como el de toda otra institución social, tiene contornos difusos cuya especificación se produce en el medio de un complejo contexto sociológico y cultural. La forma en que los textos jurídicos son aplicados depende del contexto social en el cual ocurre este proceso; razón por la cual aquel responde a las necesidades, características e idiosincrasia propia de una sociedad en un momento histórico dado. Como sostuvo Andrés Bello, las constituciones “deben ser conforme a los sentimientos, a las creencias, a los intereses de los pueblos” (“Constituciones”, en OPÚSCULOS LITERARIOS I CRÍTICOS, B.I.M. Editores [1850], p. 162). Por esto, órganos interpretativos como este Excelentísimo Tribunal tienen la importantísima función de mediar entre dichos textos y dicho contexto,

poniendo su conocimiento jurídico y experticia profesional al servicio del propósito que nuestra Constitución se conforme a los sentimientos, a las creencias, y a los intereses de nuestro pueblo; a fin de que la ciudadanía haga suya la Constitución y la sienta como propia, revistiéndola constantemente así de legitimidad social.

El concepto de matrimonio contenido en el Código Civil, justamente, no se condice con los principios que inspiran a la actual sociedad chilena. En efecto, nuestra sociedad proclama la igualdad ante la ley de todas las personas, tanto en nuestra Constitución, como en distintos tratados internacionales de derechos humanos. Asimismo proclama cotidianamente la necesidad de no discriminar a ningún integrante de la comunidad nacional. Y sin embargo, las disposiciones en materia matrimonial dictadas a mediados del siglo XIX establecen que un vínculo afectivo con repercusiones jurídicas solo puede establecerse entre una mujer y un hombre.

Es deber de los juristas contribuir a acabar con todas las formas de discriminación y subordinación; sobre todo aquellas estatuidas por la propia ley. En ese sentido, fueron los propios juristas quienes comenzaron, mediante acciones como ésta, la declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales que establecían diferencias arbitrarias como la de este caso. Y así por ejemplo, en Argentina la jueza Gabriela Seijas ante un requerimiento similar señaló *“Que llegados a este punto debemos preguntarnos si la prohibición de matrimonio para la pareja litigante, contenida en el Código Civil, constituye una discriminación del Estado basada en la orientación sexual. En un primer examen literal, los artículos 172 y 188 del Código Civil se contraponen directamente con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual”*. Asimismo argumentó: *“La exclusión del régimen matrimonial sugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y, como consecuencia, no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual. La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente tangencial sino que representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal. Nuestro marco constitucional otorga*

000043  
cuarenta y tres

*a los actores derechos que van más allá de la mera privacidad, el derecho a ser reconocidos como iguales y tratados dignamente". Finalmente agrega dicha magistrada: "Que no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para las viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación".*

Es en ese orden de ideas es que solicitamos a V.S.E. respetuosamente, que al fallar el asunto que nos convoca, tenga en atención las normas constitucionales y de derechos humanos que hemos invocado, que garantizan la igualdad de todas las personas ante la ley. Asimismo, solicitamos que considere que no existen razones ni argumentos que permitan excluir de una institución jurídica como el matrimonio a personas que se aman por el solo hecho de ser del mismo sexo.

En definitiva, solicitamos a V.S.E. que según el mérito de los antecedentes y argumentos expuestos, declare inaplicable para el caso en concreto el artículo 102 del Código Civil. Lo anterior se justifica toda vez que se ha señalado expresamente la norma legal que estimamos inconstitucionales; se ha puesto de manifiesto que la norma legal estimada inconstitucional influye de manera decisiva en la resolución del conflicto; se han expuesto los preceptos constitucionales infringidos, y la manera en que el artículo 102 del Código Civil infringe tales preceptos constitucionales.

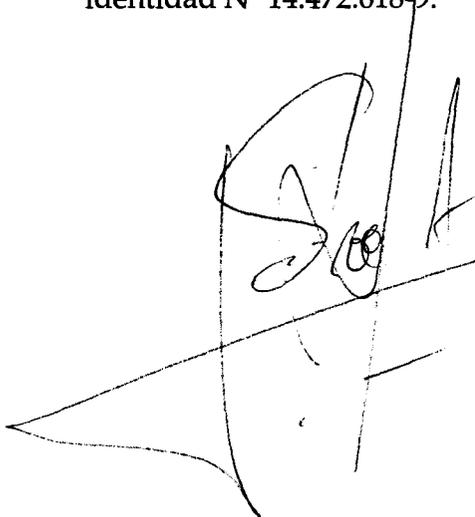
#### **POR TANTO;**

Según el mérito de lo expuesto, y según lo prescrito por los Artículos 1, 5 inciso final, 19 N° 2, 19 N° 3, 19 N° 4, 19 N° 6, 19 N° 18, 19 N° 26, 93, 94 y demás normas pertinentes de la Constitución Política de la República; 79 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997; 102 y siguientes del

Código Civil; y demás normas constitucionales, internacionales y legales vigentes ya referidas y demás pertinentes.

**A S.S. EXCELENTÍSIMA RESPETUOSAMENTE PIDO:** acceder a lo solicitado, declarando inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 102 del Código Civil, en la causa rol 6787-2010, sobre recurso de protección.

**TERCER OTROSÍ:** Ruego a S.S. EXCMA. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumo personalmente patrocinio y poder en estos autos; así como confiero poder para comparecer en estos autos a **FERNANDO JAVIER MUÑOZ LEÓN**, abogado, cédula nacional de identidad N° 14.472.618-9.



13 456.043-2



14.472.618-9.



ACREDITA CALIDAD DE ABOGADO

AUTORIZO PODER

Santiago, 7 de enero de 2011

