



Fallo del Tribunal Constitucional sobre matrimonio: una polémica que está lejos de acabar

Recientemente el Tribunal Constitucional ha emitido un fallo en que rechaza una acción destinada a declarar que el matrimonio tal cual como está concebido, esto es, entre un hombre y una mujer, sería inconstitucional al “discriminar” a las parejas del mismo sexo que quisieran contraer el vínculo.

La acción tiene su origen en un recurso de protección deducido ante la Corte de Apelaciones. Este recurso es una herramienta procesal que busca restablecer el imperio del Derecho cuando una persona incurre en una acción u omisión, ilegal o arbitraria que lesiona determinadas garantías establecidas en la Constitución. En el caso particular, tres parejas recurrieron de protección en contra de una Oficial del Registro Civil al negarse a celebrar el matrimonio entre dos hombres y a inscribir en el registro respectivo dos matrimonios celebrados en el extranjero también entre dos hombres.

RESUMEN EJECUTIVO

El Tribunal Constitucional emitió un fallo en el que rechaza una acción destinada a declarar que el matrimonio tal cual como está concebido, esto es, entre un hombre y una mujer, sería inconstitucional al “discriminar” a las parejas del mismo sexo que quisieran contraer el vínculo.

Para llevar a cabo este trabajo se procedió a analizar la sentencia en dos partes: el fallo mismo del Tribunal Constitucional y las opiniones contenidas en los votos concurrentes por un lado, y el voto disidente del Ministro Vodanovic, por el otro.

I. ¿Cómo llegó esta discusión al Tribunal Constitucional?

Los recurrentes alegaron que negarse a celebrar el matrimonio en Chile y rechazar la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero, constituyó una violación a la garantía de la igualdad ante la ley garantizada en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República. El Registro Civil informó, en ese proceso, que la negativa de la funcionaria no estuvo basada en una arbitrariedad sino que obedece al principio legal prescrito en el código civil de que el matrimonio es un contrato cuya esencia requiere la diferencia de sexos de los contrayentes.

En ese contexto, la Corte pidió al Tribunal Constitucional, como medida para mejor resolver, pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del código civil. Este artículo dice 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”.

Encontrándose el recuso de protección pendiente, diversos interesados se hicieron parte de la acción que buscaba aclarar la aplicación de esta norma que, con sorpresa del mundo jurídico, fue admitida a tramitación. De esta forma, la competencia específica del Tribunal para el presente caso fue “determinar si la aplicación del artículo 102 del código civil en el aludido recurso de protección infringe o no la garantía de la igualdad ante la ley contenido en el artículo 19 n° 2 de la Constitución Política de la República”.

II. ¿Qué correspondía fallar al Tribunal Constitucional?

Para entender la lógica del Tribunal Constitucional y los alcances de su sentencia es necesario entender el objeto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El artículo 93 n° 6 de la Carta Fundamental prescribe que es atribución del Tribunal Constitucional “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”. En este sentido, la acción no está destinada a obtener que el precepto legal sea invalidado por ser contrario a la Constitución, situación que se encuentra contemplada como una atribución distinta del mismo Tribunal Constitucional. Así, “el fallo estimatorio no tiene otro alcance jurídico directo que el que un precepto legal sea inaplicado en una gestión judicial determinada”¹. En definitiva, el efecto de que el recurso sea acogido es prohibir que una norma se aplique en un caso concreto por resultar contrario a la Constitución. El alcance, por ende, es muy preciso. Sin embargo, las posibilidades de que un fallo del Tribunal Constitucional que acoge una inaplicabilidad tenga efectos ulteriores son bastante grandes. Así se ha visto en casos como

1. Correa Sutil, Jorge: Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011, p. 55.

el fallo emitido a propósito de las alzas en los planes de salud de las Isapres. En efecto, “la declaración de inaplicabilidad, aunque en apariencia refiera a una aplicación del precepto en un caso concreto, sin duda tiene un amplio efecto sobre la actividad, servicio, estatuto, orgánica o situación en la que el caso se encuentra inmerso”².

No obstante lo anterior, es importante considerar que cuando este Tribunal ejerce la atribución en comento no lo hace en busca de resolver cuestiones de fondo o de lato conocimiento, como tampoco lo hace en la lógica de resolver las grandes controversias jurídicas relacionadas con grupos de normas o estatutos jurídicos, “ni menos aún para buscar a través suyo una depuración abstracta del ordenamiento jurídico”³. El Tribunal, de esta manera, ejerce un control de constitucionalidad concreto y no abstracto. Así, el examen de la acción de inaplicabilidad es “entre el contenido de la Constitución y el precepto legal, a la luz de los antecedentes que derivan de la situación de hecho concreta de la que se trata. No le corresponde aquí, por lo tanto, efectuar un análisis doctrinario y abstracto, de mera confrontación entre la Carta y el precepto, porque llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten”⁴.

III. Argumentos que utilizó el Tribunal Constitucional para fallar

En ese contexto podemos analizar la sentencia en dos partes: el fallo mismo del Tribunal Constitucional y las opiniones contenidas en los votos concurrentes por un lado, y el voto disidente del Ministro Vodanovic, por el otro.

El fallo propiamente tal expone en la parte considerativa un argumento central que constituye la médula de su resolución, y es que el matrimonio, sus efectos y su regulación pertenecen a la reserva legal, esto es, que deben estar regulados en una ley. Justifica, el Tribunal, esta apreciación basándose en los artículos 63 n° 3 y 63 n° 20 de la Constitución. Ellos regulan “cuáles son aquellas materias que deben estar reguladas en una ley”. El primer numeral dice que debe ser regulado por una ley las materias que son objeto de codificación. En efecto, el matrimonio es una institución que pertenece al derecho civil y cuyos principales efectos están en el código civil sin perjuicio de leyes especiales. El artículo 63 n° 20, por su parte, prescribe que es materia de ley “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

2. Vivanco Martínez, Ángela: *Justicia Constitucional, Libre elección del Sistema de Salud y normativa sobre Isapres: Un comentario reciente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Chilena de Derecho 2010, vol. 37 N° 2, p.141 - 162.

3. Zúñiga Urbina, Francisco: “*la sentencia de inaplicabilidad-cuestión de constitucionalidad y la legislación*”, Centro de Estudios Constitucionales 2005, vol. 3 N° 001, p. 39.

4. Silva Bascañán, Alejandro, cita en considerando 33 del fallo del Tribunal Constitucional, Recurso de Inaplicabilidad, sentencia 1404-09, del 05-05-2009.

De esta manera, el fallo constata que las características de la institución matrimonial, referida a la protección y al desarrollo de la misma, han podido ser limitadas en virtud de diversas normas de rango legal. Así, el Tribunal reafirma que es una institución de rango legal y no de rango Constitucional.

Una segunda conclusión importante y que constituye el núcleo argumental que lleva a desestimar la acción, es aquella que discurre en torno a la finalidad de la acción de inaplicabilidad. Como ya se dijo, la acción busca que no se aplique un precepto legal en una gestión judicial concreta por no ajustarse al estándar constitucional. Sin embargo, lo que quieren los requirentes es justamente lo contrario, esto es, que sí se les aplique un estatuto jurídico completo a personas que quisieron contraer matrimonio sin los requisitos que la ley establece, en particular los referidos a la diferencia de sexo de los contrayentes.

En efecto, el considerando octavo expone que “un examen detenido de la impugnación planteada no permite que se dicte sentencia estimatoria, toda vez que no se condice con el alcance de la acción de inaplicabilidad”. A continuación, en el considerando noveno, se reafirma lo anterior, diciendo que “el requerimiento no puede prosperar toda vez que lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de manera integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual”. Por lo tanto, termina el considerando, “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”. La acción, por tanto, no es la idónea para conseguir el objetivo.

En definitiva, el tribunal razonó en base a esas dos líneas ya reseñadas: el rango jurídico de la institución matrimonial y el medio usado para impugnar los requisitos que la ley contempla para esta. Por eso el fallo termina diciendo que “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 procedimiento de inaplicabilidad”.

Por tanto, en base a argumentos de lógica estrictamente jurídica y de coherencia procedimental, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento por nueve votos contra uno.

IV. El voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic: el artículo 102 del código civil es discriminatorio.

No obstante lo ya dicho, para efectos de este trabajo, lo más importante es analizar los votos concurrentes –argumentos adicionales que exponen un grupo de ministros y que refuerzan la tesis del fallo– y el voto de disidencia.

El Ministro Hernán Vodanovic estuvo por acoger el recurso pues no comparte la tesis de que dando lugar a la acción procesal se esté reformulando un sistema de normas de manera integral, ya que

“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”⁵.

Además de este argumento, el Ministro Vodanovic recoge la idea de que la interpretación de la Constitución no debe hacerse en base a la intención del constituyente sino que la interpretación también pasa por la forma en que las instituciones se entienden en la actualidad⁶. Y es que “el intérprete constitucional, debe recoger o preferir la conclusión que concuerda con los principios esenciales protegidos por aquella [la Constitución] tal cual como ella se percibe en el momento”⁷. Ante eso, las consideraciones sobre la homosexualidad y sobre el matrimonio en la actualidad no serían los mismos que en la época en la que se aprobó la Constitución.

De esta forma, el Ministro sostiene que “el punto esencial no reside en las características estructurales del matrimonio, sino en determinar si la exclusión de las parejas del mismo sexo en el acceso a dicha institución constituye o no una discriminación arbitraria”⁸. En ese sentido, al ser el matrimonio una construcción social histórica, cuyos elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana, no hay un fundamento esencial para sostener que la heterosexualidad es parte esencial de una institución per se dinámica, en la cual “se ha perdido la función relevante de procrear, en desmedro de la vida en común. El objetivo esencial, más bien, expresa fines de solidaridad, afecto y asistencia recíproca”⁹. En ese sentido, “Son los postulantes de la exclusividad heterosexual en el matrimonio quienes deben exponer las razones que la sostienen”¹⁰.

Por esto, concluye el Ministro, “quien niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes ypreciadas instituciones comunitarias, está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto a la dignidad humana”. Por esto es que el artículo 102 debe ser declarado inconstitucional.

Todo parece indicar que, sin haber sido consultados sobre el fondo del asunto –si el matrimonio homosexual es o no contrario a la constitución– el ministro Vodanovic se pronuncia sobre el fondo de la cuestión, evidenciando una posición definida al respecto. Ello podría significarle una eventual recusación en el evento futuro de que se le solicite al Tribunal constitucional una definición sobre el particular.

5. Voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic.

6. “No se trata, entonces, de indagar sólo la intención del constituyente, sino de reconocer cuál es la orientación y sensibilidad que prevalece hoy día”. Voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic.

7. Ídem.

8. Ídem.

9. Ídem.

10. Ídem.

V. Voto concurrente de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García: No procede la acción, pero se debe revisar la regulación actual del matrimonio.

Estos Ministros estuvieron por desestimar el recurso, pero agregaron argumentos interesantes a la discusión de fondo sobre el matrimonio. Al igual que otros ministros que emitieron votos concurrentes, refuerzan una importante conclusión en base a qué debe entenderse por igualdad en la Constitución, y es que “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 no importen favores indebidos para personas o grupos”¹¹. En este sentido, aplicar un estatuto jurídico como el matrimonio, teniendo en cuenta su definición legal –la que incluye en sus fines– a personas del mismo sexo es algo que no se opone al trato igualitario frente a la ley y que, por lo demás, no está dentro de las competencias del Tribunal Constitucional.

Con todo, resulta preocupante constatar cómo los Ministros enuncian dos tesis para reafirmar su voto concurrente: La que dice relación con que el matrimonio no sólo no tiene una definición constitucional sino que no se desprende siquiera del texto constitucional que la familia deba estar cimentada en el matrimonio entre hombre y mujer; y la que critica el vacío legal que hay para las familias que, existiendo, no estarían constituidas sobre el matrimonio.

Los autores señalados dan cuenta que el matrimonio tiene un rango legal y no constitucional. En este sentido, una ley podría modificar esta institución y, si bien reconocen que la constitución considera a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, no hay una definición constitucional de familia. Reafirman la idea con el hecho que los tratados internacionales tampoco consagran un modelo único de familia, por lo que “si no es posible reconocer rango constitucional al matrimonio, tampoco es posible hacerlo respecto de un determinado modelo de familia”¹².

En segundo lugar, los mencionados ministros concurren al voto de mayoría estimando que sí se genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección a las parejas del mismo sexo, ya que “nuestro ordenamiento no contempla ninguna regulación explícita y completa de este tipo de uniones. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que esta situación no puede corregirse desde la competencia del Tribunal Constitucional “será resorte del legislador verificar cuan profundo y exitoso deba ser ese reconocimiento legal”¹³. Será, por tanto, de competencia de ese reconocimiento legal verificar que en esa institución no haya discriminación arbitraria ni menoscabo a la dignidad de las personas.

Por lo tanto, en opinión de estos Ministros el artículo 102 del código civil establece una definición legal, lo que implica que no hay una discriminación arbitraria al negarles a personas del mismo sexo

11. Voto concurrente de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García.

12. Ídem.

13. Ídem.

contraer el vínculo. Con todo, “nada obsta a que, desde el punto de vista constitucional, el legislador cambie esta regla”¹⁴. Así, legislar sobre el vacío que se ha producido resulta de vital importancia por la desprotección que se le ha propinado a muchas parejas que, sean heterosexuales o no, conviven sin el vínculo matrimonial.

VI. Voto particular concurrente de los Ministros Venegas, Navarro y Aróstica. El Concepto de igualdad constitucional.

Estos Ministros estuvieron por pronunciarse sobre el fondo de la cuestión deducida. Ellos afirmaron que el artículo 102 del código civil que define al matrimonio no resulta contrario a la Constitución Política. Reafirman el principio constitucional por el cual “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”¹⁵. Así, la disposición objetada no constituye per se diferencias arbitrarias, pues la institución jurídica del matrimonio “si bien puede mutar en sus efectos, viene a regular la unión afectiva estable entre el hombre y la mujer”¹⁶.

Sin embargo, al igual que los Ministros señalados en el epígrafe anterior, reafirman el principio por el cual “corresponde al legislador y no a esta magistratura constitucional dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad”¹⁷. Por eso, este voto no afirma ni descarta que la Constitución pueda aceptar que las parejas homosexuales puedan tener una relación amparada por el derecho, pero el matrimonio es claro como contrato: regula las instituciones entre un hombre y una mujer.

VII. Voto concurrente de los Ministros Bertelsen y Peña. La constitución y sus principios sí permiten fallar el tema de fondo con la legislación vigente.

El Ministro Bertelsen reafirma el principio por el cual la igualdad ante la ley en ningún caso exige un trato en el sentido de una igualdad radical. Al igual que la opinión de los Ministros anteriores, el concepto de igualdad constitucional también descansa en una interpretación que admite un trato diverso cuando existe un hecho diferenciador relevante entre distintas personas y refuerza la tesis que el matrimonio es una institución entre un hombre y una mujer, cosa que se ha entendido desde los primeros tiempos del Derecho, recogido por la doctrina e incorporados en los tratados internacionales en el siguiente sentido: Tanto el pacto de derechos civiles y políticos como la convención americana

14. Ídem.

15. Voto concurrente de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García.

16. Ídem.

17. Ídem.

de los Derechos Humanos reconocen “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio”¹⁸, mientras que en todas las otras garantías se habla de “toda persona” o “todo ser humano”.

De esta manera, la legislación se encuentra en conformidad con los tratados internacionales, y realiza una distinción fundamentada en la naturaleza diversamente modelada entre hombre y mujer que la ley, legítimamente, ha considerado.

Finalmente, la Ministra Marisol Peña es la que brinda los argumentos que parecen más contundentes para rechazar la acción de inaplicabilidad. Ella sostiene que el matrimonio sí tiene al menos dos fundamentos en el orden constitucional para que el legislador no pueda definir el matrimonio como arbitrariamente le parezca. En primer lugar, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, porque es a través de ella que la persona ingresa a la sociedad y no de cualquier manera. En efecto, los bienes que aporta la familia en el orden social dicen relación con una serie de funciones que ella cumple para con sus propios miembros: transmisión de virtudes, costumbres, cultura, habilidades de socialización, etc. por lo anterior, “muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del código civil asigna al matrimonio, pero particularmente la de procrear”¹⁹. Esto, sin duda, es la razón principal por la cual es posible conservar la sociedad en el tiempo, pues no es sino la procreación la principal causa de que el grupo social perviva en el tiempo. Lo anterior, sin duda, fue recogido por la ley²⁰.

Una segunda conclusión es que la misma Constitución establece que el límite de la soberanía está dado por el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En concordancia con eso, el matrimonio se erige como una institución natural, derivada de la necesidad de complementariedad entre el hombre y la mujer para cumplir con fines sociales y personales. Así, el matrimonio es un Derecho Humano, reconocido en los tratados internacionales, durante la gestación de la Constitución y también en la nueva ley de matrimonio civil donde se reconoce al matrimonio como un derecho esencial inherente a la persona humana. Esto implicaría que si es un Derecho Humano, “su configuración o regulación debe realizarse atendiendo a los valores y fines constitucionales”²¹. Sólo de esta manera se entendería que esta institución estuviera regulada por el legislador.

18. El artículo 23.2 del pacto de derechos civiles y políticos establece que: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. Por su parte, el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que “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”.

19. Voto concurrente de la Ministra Marisol Peña.

20. “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.” Voto concurrente, considerando 3°.

21. Ídem.

VIII. Conclusiones.

Mucho se ha debatido durante el presente año en relación con el concepto de la igualdad, desde diversos puntos de vista, pero especialmente en sus implicancias jurídicas. El Tribunal Constitucional, a través de muchos fallos en los que se incluye el de marras, destaca que la igualdad en materia constitucional, específicamente cuando se refiere a la igualdad ante la ley, es un concepto que sí admite distinciones. Esto permite descartar una serie de argumentos que fundamentan el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo sólo en base a esa consideración.

En relación con el tema de fondo que se plantea en el recurso que origina este trabajo, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de inaplicabilidad, porque para un requerimiento de esta naturaleza prospere el precepto legal que se impugna –por ser contrario a la Constitución– debe ser determinante en la resolución judicial donde se pretende aplicar. Esta condición no se da en el caso que se comenta, pues el artículo 102 del Código civil, es sólo una de las tantas normas que regulan, de manera sistemática –como un todo– el estatuto del matrimonio. Con la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de esta norma, lo que se pretende es reformular completamente el estatuto legal del matrimonio, haciendo que se reconozca como tal la unión de dos personas del mismo sexo. 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.”²²

En el caso específico que se comenta queda claro que el Tribunal resolvió la cuestión de fondo. Se falló en tanto a consideraciones procesales -improcedencia de la acción- como también al hecho de justificar que el artículo 102 es inaplicable pues el matrimonio es una institución entre un hombre y una mujer lo que no implica en caso alguno una discriminación arbitraria al proponer que su estatuto sea aplicable a personas del mismo sexo. A esto podemos agregar varios argumentos desarrollados en los votos concurrentes en orden a clarificar los alcances de la garantía de igualdad en la ley, la cual, de ninguna manera se plantea como una situación de absoluta uniformidad. En eso hay un alto grado de consenso.

22. Véase Corral, Hernán. “Para entender sentencia del Tribunal Constitucional sobre matrimonio homosexual”. Blog Derecho y Academia. <http://corraltalciani.wordpress.com/>