



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 8851-20-INA

[27 de abril de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL
ARTÍCULO 54, N° 4, DE LA LEY N° 19.947, SOBRE MATRIMONIO
CIVIL

MARÍA ANTONIETA SANTIBÁÑEZ RODRÍGUEZ, JUEZA TITULAR DEL
JUZGADO DE FAMILIA DE COQUIMBO

EN EL PROCESO RIT C-607-2019, RUC 19-2-1343836-3, SOBRE DIVORCIO POR
CULPA, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE FAMILIA DE COQUIMBO

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, doña María Antonieta Santibáñez Rodríguez, Jueza Titular del Juzgado de Familia de Coquimbo, remite auto motivado en que solicita se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 54, N° 4, de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, en la causa caratulada "Sarria con Plaza", sustanciada ante el mismo juzgado de familia requirente, bajo el RIT C-607-2019, RUC 19-2-1343836-3.

Precepto legal cuya aplicación se impugna

El precepto legal impugnado dispone:

Artículo 54.- El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.



Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

(...)

4º.- Conducta homosexual;

(...)

Síntesis de la gestión pendiente y conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

En su auto motivado, la Magistrado requirente expone que la señora Sarria demandó de alimentos y el señor Plaza demandó de divorcio por culpa. En materia de alimentos el asunto llegó a conciliación, pendiendo el juicio respecto de la demanda por divorcio culpable del marido contra la mujer, la que se funda en la causal genérica del inciso primero del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil y en las causales específicas de los números 2º y 4º del mismo artículo. Así, el marido demandó el divorcio culpable por la violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, que ha tornado intolerable la vida en común, fundado en la infidelidad y en la conducta homosexual de su mujer, pues conforme a la demanda aquélla *“ha mantenido desde el año 2018 a la fecha una relación sentimental con otra mujer”*.

Expresa la Jueza que, de probarse los hechos, el artículo 54 N° 4 impugnado, será aplicable y decisivo para la resolución del asunto, debiendo la Magistrado declarar el divorcio por la causal *“conducta homosexual”*, causal que, afirma, es inconstitucional al tenor del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, y dispone que *“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”*

Sostiene la jueza como argumentos para la declaración de inconstitucionalidad, que la causal de divorcio conducta homosexual, no se condice con el reconocimiento de la igualdad de las personas, y resulta altamente arbitraria, denigrando y sancionando sólo a ciertos cónyuges, al nivel de culpabilizarlos por algo que no es punible, como es la *“condición de homosexualidad”*, ya que no se entiende que dicha conducta homosexual, tampoco explicada ni tipificada en la ley civil, exista sin una atribución directa de identidad de género de la cónyuge demandada. Añade que, habiendo el marido demandado el divorcio culpable también por la causal de del artículo 54 N° 2, bastaba con demandar y probar la infidelidad, sin tener que recurrir a la causal del N° 4, toda vez que, en cuanto al derecho a la identidad de género, no es relevante el sexo de la persona con quién se cometa la infidelidad. Concluye que, si se prueba la existencia de una relación extramatrimonial, lo relevante es la infidelidad, y no si es por una relación hetero u homosexual.

Añade que la causal del N° 4 es discriminatoria y vulneratoria del artículo 19 N° 2 constitucional, al no ser posible probar la conducta homosexual, sin acreditar *“el ser”* homosexual de la demandada, reduciendo además la institución matrimonial a un mero asunto de sexualidad, y sancionando per sé la condición homosexual, vía una



causal punitiva civil. Añade, las posibles consecuencias económicas negativas para la cónyuge si es condenada, en relación con la pérdida o reducción de compensación económica que le podría corresponder, pero aclarando que esta argumentación es en general y no para el caso concreto, en que no se ha demandado compensación económica.

Agrega la Magistrado que la homosexualidad no altera el género femenino o masculino de la persona, y que la causal de divorcio “conducta homosexual” no debe mantenerse vigente ni ser aplicable al caso concreto, desde que el matrimonio se define en el artículo 102 del Código Civil como “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”, de modo que, aun cuando se probare la conducta homosexual de la demandada, dicha parte no ha perdido su condición de mujer y, de ser efectiva la identidad de género que sostiene la causal, ello tampoco ha sido obstáculo para que las partes vivieran juntos, procrearen y se auxiliaren, antes de entrar en crisis conyugal.

Explica, además, que es del todo razonable civilmente sancionar la infidelidad, al quebrantarse gravemente el deber de los cónyuges de respetarse y guardarse fe; pero que, de acreditarse la infidelidad, pasa a ser irrelevante si fue cometida con una persona del mismo o distinto sexo, siendo contrario al principio de isonomía constitucional, concluir que la posible homosexualidad, tiene que necesariamente destruir el matrimonio, bajo el formato de divorcio sanción; señalando que, en el caso de autos, si el actor no lograre probar la infidelidad pero sí acreditare la homosexualidad de su cónyuge, la Magistrado tendría que acoger la demanda de divorcio por culpa sólo por ser homosexual uno de los cónyuges, discriminado así la ley, por razón de identidad de género.

Añade, finalmente, que pese a los avances logrados en materia legislativa con la ley N° 20.609, sobre no discriminación, y la ley N° 21.120, sobre identidad de género; “a estas alturas” aparece del todo arbitraria la Ley de Matrimonio Civil al castigar civilmente la “conducta homosexual”, relevando y estigmatizando a personas por lo que “hace un buen rato dejó de calificarse de delito, enfermedad o problema”.

Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento

Por resolución de fojas 58, se admitió a tramitación el requerimiento por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, se decretó la suspensión del procedimiento en el juicio pendiente, y se confirió traslado para la admisibilidad a las partes demandante y demandada. Evacuados los traslados por ambas partes, la Sala fijó audiencia para oír alegatos acerca de la admisibilidad en audiencia verificada el día 29 de julio de 2020, donde fueron oídos los abogados de ambas partes. Por resolución de la misma fecha, a fojas 330, la Sala declaró admisible el requerimiento deducido.



A continuación, fueron conferidos los traslados de fondo a los órganos constitucionales interesados y a las partes del juicio, siendo formuladas oportunamente observaciones al requerimiento por las partes demandada y demandante.

En presentación de fojas 378, la cónyuge demandada de divorcio, señora Sarria, solicita que el requerimiento deducido por la señora Jueza de Familia de Coquimbo sea acogido, y se declare inaplicable al caso concreto el cuestionado artículo 54, N° 4, de la Ley sobre Matrimonio Civil.

Al efecto, coincide con la Magistrado requirente en cuanto a que el precepto impugnado, al disponer que se incurre en causal de divorcio por “conducta homosexual”, vulnera el artículo 19 N° 2 constitucional, al configurarse en la ley una discriminación arbitraria, toda vez que se basa en una categoría sospechosa, en base a orientación sexual, y que es abiertamente desproporcionada, desde que la mera conducta homosexual, sin otro calificativo alguno en la ley, permite configurar una causal de divorcio sanción, culpabilizando civilmente una condición, el “ser homosexual” y no una acción; al tiempo que la protección de la familia queda suficientemente cubierta con la causal de divorcio por infidelidad, sin que sea constitucionalmente aceptable distinguir la hetero u homosexualidad de los cónyuges, y que la ley castigue civilmente la identidad sexual de una persona.

Afirma la mujer demandada que, además, se infringe la dignidad de la persona reconocida en el artículo 1, inciso primero, de la Carta Fundamental, y también el artículo 19 N° 4 de la Constitución, atendida la injerencia indebida del Estado en el contexto de la vida privada marital, que afecta su derecho a la intimidad de modo arbitrario y desproporcionado, e invoca también, en relación con el artículo 5°, inciso segundo, constitucional, la afectación de su dignidad y honra, así como de la igualdad ante la ley garantizadas por los artículos 11 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, en presentación de fojas 337, el cónyuge demandante de divorcio, señor Plaza, solicita el rechazo en el fondo del requerimiento deducido por la Jueza de Familia.

En primer término, afirma que demandó de divorcio a su cónyuge por las causales señaladas en el artículo 54, inciso primero, y en el artículo 54 N°s 2 y 4, de la Ley de Matrimonio Civil, aduciendo que se trata de tres causales individuales e independientes, y que atienden a la protección de bienes diferenciados, de modo que el bien jurídico protegido por la causal del artículo 54 N° 4 (conducta homosexual) es diferente, y no meramente redundante con aquel bien jurídico resguardado en la causal del artículo 54 N° 2 (trasgresión del deber de fidelidad). Así, la primera causal protege la naturaleza heterosexual del matrimonio; y la segunda, la exclusividad y fidelidad que se deben mutuamente los cónyuges.

Agrega que interpuso acción de divorcio sanción el año 2019, para disolver un vínculo matrimonial que se había tornado iatrogénico para su bienestar personal y socioemocional, sumado además a un ambiente conflictivo y a la conducta homosexual de su cónyuge, lo que no se ajusta a la naturaleza de la institución del matrimonio, celebrado por ambos el año 2009, por lo cual se trasladó a vivir a otro domicilio el año 2018.



Agrega que, sin cuestionar la legalidad del requerimiento de inaplicabilidad de autos, este ha sido interpuesto por la Jueza requirente casi nueve meses después de que la causa se radicó en el tribunal del familia, generado una dilación en el proceso, y peor aún, transformando un juicio personal y privado, que afecta su vida personal y la de sus hijos en común, en una bandera de lucha para organizaciones sociales que defienden derechos o reivindicaciones de los que él de ninguna manera pretendía ser parte, ni a favor ni en contra; afectándose así sus derechos a la intimidad y al acceso a una justicia eficiente y eficaz, motivos por los cuales, indica, en agosto de 2020 presentó al juzgado de familia solicitud de desistimiento respecto de la causal del artículo 54 N° 4, manteniendo la demanda sólo respecto de la causal infidelidad.

Conforme a lo solicitado al primer otrosí de fojas 337, y por resolución de 3 de septiembre de 2020, la Primera Sala de este Tribunal Constitucional decretó el alzamiento parcial de la suspensión del procedimiento, para el sólo efecto de que el Juzgado de Familia de Coquimbo resolviera el incidente de desistimiento recién referido.

Constan agregadas a fojas 475 y siguientes de estos antecedentes constitucionales, resoluciones del juzgado de familia que, con fecha 15 de septiembre de 2020, rechazó el incidente de desistimiento parcial de la demanda en cuanto a la causal del artículo 54 N° 4; y con fecha 22 del mismo mes y año, desestimó igualmente la reposición presentada por el demandante.

Continuando con el escrito de observaciones al requerimiento, el marido afirma que la jueza yerra en el entendimiento de la norma cuestionada, toda vez que la misma no sanciona la “condición de homosexualidad”, no dice eso el precepto, ni lo ha alegado en esos términos el demandante en el juicio, sino que se trata, como se aprecia de la historia de la ley, de un “comportamiento externo objetivo”, que implica la realización de hechos sexuales incompatibles con la naturaleza del matrimonio y sus fines –consagrado en nuestra legislación civil como heterosexual y monógamo-, y no se sanciona así la mera inclinación o condición homosexual.

Luego, indica que nos encontramos frente a una argumentación artificial, desde que la misma Jueza al dictar la interlocutoria de prueba, ha dispuesto como hecho a probar la “conducta homosexual” de la demandada, conducta que podría existir, por ejemplo, sin que la persona sea necesariamente homosexual, recordando así el demandante que lo que la norma sanciona con absoluta claridad es una conducta; lo que se contradice la pretendida sanción de la condición de homosexualidad a que la jueza alude, y que no es materia de la prueba en el juicio, pues la ley es clara en sancionar la conducta homosexual de una persona y no a la persona en sí misma por su género, ni el “ser homosexual”.

En consecuencia, no se vislumbra infracción alguna a la igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 constitucional, como pretende la jueza requirente al afirmar, sobre la base de su errada apreciación, que se estaría discriminando arbitrariamente a uno de los cónyuges por su orientación sexual; y siendo además la conducta homosexual, y si es que la misma ha tornado intolerable la vida en común, asuntos a probar en el juicio pendiente, lo que determina que se trata de cuestiones de mera legalidad, que deberá resolver el juez del fondo, y no nos encontramos ante un conflicto constitucional que deba resolver este Tribunal Constitucional.



Agrega la parte demandante que el asunto promovido ya ha sido desestimado por sentencias de esta Magistratura, citando los fallos roles N°s 2435-13 y 2681-14, en que se ha resuelto que el artículo 54, N° 4, de la Ley de Matrimonio Civil, se encuentra ajustado a la Constitución, y no infringe el artículo 19 N° 2.

Por todo lo expuesto, solicita se rechace el requerimiento de inaplicabilidad de autos, en todas sus partes.

Amicus curiae

Fueron agregados a este expediente constitucional, como amicus curiae, informes presentados por la Corporación Fundamental, a fojas 90; por la ONG de Desarrollo Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH), a fojas 292; por la Corporación Comunidad y Justicia, a fojas 321 y 356; y por la Agrupación lésbica rompiendo el silencio, a fojas 404.

Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 29 de octubre de 2020, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y el alegato de la abogada representante de la parte demandada de divorcio. Con la misma fecha se adoptó el acuerdo, quedando la causa en estado de sentencia (certificado a fojas 490).

Y CONSIDERANDO:

I. La gestión pendiente.

PRIMERO.- La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue interpuesta ante esta Magistratura por la Jueza Titular del Juzgado de Familia de Coquimbo, Sra. María Antonieta Santibáñez Rodríguez respecto del numeral 4°, del artículo 54 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, en los autos sobre divorcio por culpa ventilados ante su Juzgado en la Causa Rol C-607-2019.

SEGUNDO.- En relación con la gestión pendiente, el demandante solicitó el divorcio por culpa de su matrimonio, fundando su pretensión en que su cónyuge habría incurrido en la causal genérica del inciso primero del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil y en las causales específicas contenidas en los numerales 2° y 4° de ese artículo, esto es, asociado a la violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, adulterio y conducta homosexual, por cuanto su mujer habría mantenido desde el año 2018 a la fecha una relación sentimental con otra mujer.



El matrimonio se celebró en el año 2011, aunque la relación sentimental entre ambos contrayentes se inició en el año 2005. De la unión, nacieron dos niños, quienes viven con la demandada. Además, la demandada tenía una hija de una relación anterior.

TERCERO.- La demandada sostiene que desde un inicio la relación de pareja no fue sana, con discusiones y disensiones que fueron escalando en su nivel de conflictividad. Señala que, en el último tiempo, fue víctima de maltrato y amenazas por parte del demandante, razón por la cual se separó de hecho de su marido el 26 de enero de 2018. En relación con tales circunstancias, se encuentra en sede de familia una causa por relación directa y regular. Además, presentó una denuncia por violencia intrafamiliar, solicitando orden de alejamiento, y pidió que se declarara bien familiar la casa en que vive con sus hijos. Sostiene que la acción de divorcio entablada por su marido es una respuesta a su acción de empoderamiento. Finalmente, manifiesta que ninguno de los hechos en que se funda la demanda ocurrió antes de la fecha de la separación de hecho.

II. El conflicto constitucional planteado.

CUARTO.- El requerimiento judicial sostiene que la causal de divorcio por homosexualidad “no se condice con el reconocimiento de la igualdad de las personas, denigrando y sancionando solo a ciertos cónyuges al nivel de culpabilizarlos por algo que no es punible, como es la condición de homosexualidad ya que no se entiende que dicha conducta (no explicada por cierto) exista sin dicha atribución de la identidad de género de la contraria” (fs. 3), considerando que si lo buscado por el demandante es que se decrete el divorcio por culpa, bastaba con que alegara y probara la infidelidad, que constituye una transgresión del numeral 2º del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, toda vez que “[s]i existe una relación extramarital, no importa que ésta sea hetero u homosexual o, lo que es lo mismo, si existe adulterio acreditado, el hecho de la infidelidad es lo relevante y no el sexo de la otra persona con quien haya yacido el hombre o la mujer casada” (fs. 3).

QUINTO.- Agrega que el precepto legal impugnado es discriminatorio porque “no es posible probar la llamada conducta homosexual, sin acreditar “el ser” homosexual de la otra parte, reduciendo además la institución matrimonial a un mero asunto de sexualidad, ya que si aparece como causal de divorcio-sanción es porque la Ley lo considera intolerable (construyendo de paso la discriminación) o bien porque se ha entendido que limitaría o impediría la prosecución del matrimonio, lo cual podría ser efectivo, pero no tiene por qué estar sancionado, con las consecuencias negativas que ello puede implicar para él o la cónyuge que resulte condenado, por ejemplo, mediante la pérdida o reducción de compensación económica que le podría corresponder. (Artículo 62 inciso 2º de la Ley 19.94, esto último, en general, ya que en el caso en comento no se ha demandado compensación)” (fs. 3).



SEXTO.- Esta discriminación queda de manifiesto en el hecho que “si el actor **no logra probar la infidelidad** pero se acredita la homosexualidad de la cónyuge (lo que podría suceder en el juicio), habrá que acoger el divorcio planteado sólo por dicha causal, o sea, bastaría con ser homosexual para que el divorcio opere, es decir, la Ley discrimina por identidad de género.” (fs. 5).

SÉPTIMO.- En tal sentido, cabe reiterar el contexto normativo de la impugnación que solicita la Jueza en orden a excluir del caso concreto que juzga, el artículo 54, numeral 4° de la Ley N° 19.947.

Tal precepto cuestionado, en aquella parte que se subraya, mandata lo siguiente:

“Artículo 54.- El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

1°.- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2°.- Trásgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trásgresión grave de los deberes del matrimonio;

3°.- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4°.- Conducta homosexual;

5°.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y

6°.- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.”

III.- Cuestiones sobre las cuales no se pronunciará esta sentencia.

OCTAVO.- Hay un conjunto de incidencias que se han desarrollado en el ámbito propio de la gestión pendiente y que dicen relación con aspectos que no son ni pueden ser parte de la presente litis constitucional. Por un lado, las cuestiones relativas a una tramitación dilatada de antecedentes, a juicio de una de las partes (fs. 339); al modo en que se presentó y resolvió la solicitud de desistimiento, en la demanda de divorcio, de recurrir a la invocación de la causal del artículo 54, N° 4 de la Ley N° 19.947 (fs. 349 del expediente). Tanto por el efecto de invocar la suspensión



del procedimiento ante esta Magistratura (fs. 355), el que fue levantado para resolver el mencionado incidente (fs. 401) como la decisión en el juzgado de familia que estuvo por desestimar la posibilidad de renunciar a utilizar el precepto legal cuestionado por la parte demandante (a fs. 475 y siguientes), haciendo aplicable los artículos 148 y 149 del Código de Procedimiento Civil. Todas estas circunstancias son ajenas a esta litis y pueden ser resueltas por el juez de fondo en sus alcances relativas al dominio de la acción, según las potestades que preservan derechos para las partes. Tal circunstancia, expresamente, no es objeto de esta deliberación y, por lo mismo, estamos en condiciones de examinar el fondo del requerimiento planteado.

NOVENO.- Una segunda cuestión que siempre es relevante de distinguir desde el inicio, es identificar la naturaleza del caso planteado. Si bien una de las cuestiones planteadas es la consideración del alcance de las conductas homosexuales dentro del matrimonio, nada de ello se vincula con la configuración de un estatuto propio para las relaciones de tal carácter y bajo el título de matrimonio. Por lo mismo, esta sentencia no vincula ni se refiere a algún pronunciamiento directo o indirecto sobre los efectos abstractos y amplios relativos a un proyecto de ley que está en el Congreso Nacional y que avanza según el mérito impuesto por los parlamentarios. En consecuencia, estimamos que no es razonable extender la argumentación a una hipótesis no prevista en el caso.

De hecho, esta dimensión es muy relevante puesto que la institución que tratamos es el divorcio culpable en circunstancias que en nuestro ordenamiento tal instituto no existe para la Ley N° 20.830 del mismo modo que en otros países, que distinguen nítidamente el derecho a disolución propio de las uniones civiles y el derecho al divorcio propio del matrimonio, como es el ejemplo del caso inglés.

IV. Criterios interpretativos que guiarán esta sentencia.

DÉCIMO.- Los criterios que guiarán esta sentencia se basará en un examen de igualdad en la ley, estudiando la razonabilidad de la distinción propuesta en un análisis de la protección de dignidad humana fundamental de las personas y de la razonabilidad de la distinción que afectaría la conducta/condición de homosexualidad de uno de los contrayentes. De este modo, estudiaremos, el motivo o fundamentos de las causales del artículo 54 de la Ley 19.947 en el marco del divorcio culpable como una modalidad extraordinaria de ruptura del régimen conyugal. En segundo lugar, el propósito por el cual fue establecida la regla del artículo 54, numeral 4°, en relación a la perspectiva deontológica del matrimonio y sus contratantes. Y en tercer lugar, examinaremos la existencia de prejuicios, estereotipos y desventajas sobre determinados contratantes. Para, finalmente, analizar la inutilidad de recurrir a esa vía judicial, mediante un régimen de pruebas, que necesariamente deviene en discriminatorio.

Estos criterios no son los mismos que ha tenido presente la jurisprudencia del Tribunal en esta materia en otros casos similares (STC 2435 y 2681). Tampoco se tratará



de una mera repetición argumental de elementos que estaban presentes ya en las disidencias de los casos indicados, sin perjuicio de recurrir a algunos de sus elementos. Se trata de establecer motivaciones agregadas en materias donde el Tribunal tiene un marco de diferencias amplios sobre los enfoques de tratamiento de este asunto.

a. El divorcio culpable como régimen extraordinario de ruptura.

DECIMOPRIMERO.- A partir de la Ley N° 19.947 nuestra legislación civil recoge dos modalidades de divorcio que tienen diferente denominación. El divorcio como sanción, culpa o ilícito civil. Y el divorcio como remedio o solución. La auténtica novedad de nuestra legislación del año 2004 reside en la introducción de esta última figura.

Por su parte, el divorcio como sanción “está concebido como una pena para el cónyuge culpable de una conducta que lesiona gravemente la vida familiar” [Ramos Pazos (2010), René, Derecho de Familia, T.1, 7° edición, Editorial Jurídica de Chile, p.105].

Sin embargo, la legislación de 2004 abre como régimen general el divorcio remedio, esto es, aquel donde “el divorcio es la solución a una crisis proveniente de la ruptura definitiva de la armonía conyugal, cuando la convivencia de la pareja se torna imposible” (Ramos, 2010, p.106). Y es aquí en donde el régimen general de remedio habilita dos soluciones compatibles con la autonomía individual. Primero, el divorcio por mutuo consentimiento (artículo 55, inciso 1° y 2° de la Ley 19.947) o, en caso contrario, por voluntad unilateral (artículo 55 inciso 3° de la Ley 19.947) cumpliendo los requisitos allí indicados. La naturaleza de la causa requerida ante este Tribunal está referida sólo a la modalidad del divorcio por culpa.

DECIMOSEGUNDO.- El divorcio sanción procede en los casos en que exista una falta imputable al otro cónyuge, de tal entidad, que importe una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio o respecto de los hijos y que convierta en intolerable la vida en común. En tal sentido, la existencia de una causal de divorcio culpable se identifica con un ilícito civil de la misma manera que lo es el artículo 132 del Código Civil que tipifica el adulterio como una grave infracción al deber de fidelidad entre los contrayentes del matrimonio. En tal sentido, la imputación de esta causal de divorcio requiere una demanda de divorcio por uno de los cónyuges y ésta se decreta por el juez, una vez acreditada las condiciones taxativas o abiertas que el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil regula. Lo esencial es distinguir que la identificación de esta causal tiene efectos muy diversos respecto de las otras modalidades de divorcio como solución a una crisis en donde la *affectio maritalis* se ha extinguido.

DECIMOTERCERO.- Como lo sostiene un autor, “no es un hecho menor la existencia de una causal de divorcio por culpa, pues el legislador ha puesto al cónyuge víctima de la infracción en una posición privilegiada en relación con el divorcio



remedio" (Céspedes Muñoz (2010), Carlos, "Divorcio sanción y el artículo 2° transitorio de la Ley de Matrimonio Civil", en *Revista de Derecho*, N° 22, Universidad Católica de la Santísima Concepción, p. 86).

¿ En qué consiste esta posición privilegiada ? Los modos en que se manifiesta la posición de cónyuge-víctima son diversos.

1) Hay algunos procesales como el hecho de que el cónyuge víctima no tiene plazos mínimos que respetar para iniciar la acción de divorcio por culpa y que la puede ejercer individualmente.

2) Hay efectos reales y jurídicos a la vez. El efecto jurídico de invocar una causal de divorcio culpable significa que no rige, respecto del cónyuge demandante, la exigencia de que debe haber un plazo que acredite el cese de la convivencia.

3) Hay efectos económicos involucrados. A lo menos podemos identificar tres consecuencias pecuniarias. Primero, la sentencia firme de divorcio autoriza para revocar todas las donaciones que por causa de matrimonio se hubieren hecho al cónyuge que motivó el divorcio por culpa (artículo 1790 inciso 2° del Código Civil). Segundo, hay un efecto añadido en el hecho de que el juez puede denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal o disminuir prudencialmente su monto (artículo 62 inciso 2° de la Ley 19.947). Y, finalmente, existe un efecto incierto de la perspectiva de demandar indemnización de perjuicios por la culpa.

Nuestra legislación no dice nada respecto del hecho de que se pueda demandar no sólo por el incumplimiento de un deber propio del Derecho de Familia, sino que de otro derivado directamente del Derecho de Daños. No es tarea de esta Magistratura definirlo, pero a lo menos constatar que este debate se ha dado en países con una legislación similar [ver Tanzi, Silvia y Papillú, Juan (2011), "Daños y perjuicios derivados del divorcio. Doctrina y jurisprudencia en Argentina", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Julio 2011] y que se está debatiendo en Chile [sólo por vía ejemplar, Herane Vives, Francisco (2006), "Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales" en Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II*, Universidad de los Andes Legal Publishing, o el estudio de Severián Fuster, Gonzalo (2007), "Indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio", en Guzmán Brito, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing].

DECIMOCUARTO.- En síntesis, la condena por divorcio culpable fundada en alguna de las causales del artículo 54 de la Ley 19.947, genera un estatus civil diferenciado, con efectos jurídicos adversos para el culpable sostenido en el reconocimiento del cónyuge como víctima y con el desafío judicial de ponderar cómo la reclamada igualdad de derechos civiles durante el matrimonio, también debe



operar durante la ruptura. Justamente el sopesar los argumentos implica partir de la base que un régimen de divorcio culpable es una situación extraordinaria dentro de las modalidades de ruptura lo que exige una ponderación judicial estricta, con un régimen probatorio coherente a lo que las causales demandan y con una interpretación restrictiva respecto de su procedencia.

b. La historia legal de la incorporación de la “conducta homosexual” como causal de divorcio culpable.

DECIMOQUINTO.- El artículo 54, numeral 4° dispone que se incurre en una causal de divorcio culpable *“cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: (...) 4° Conducta homosexual”*.

DECIMOSEXTO.- Nunca antes en la historia del establecimiento del divorcio en Chile, incluyendo diversos proyectos de ley debatidos en el Congreso en 1883, 1910, 1917, 1927, 1930, 1934, 1948 y 1969, que incorporaban diversas causales de divorcio culpable, jamás se había hecho referencia explícita a la homosexualidad como una conducta que deviniera en el derecho de otro contrayente a solicitar el divorcio. Sólo la legislación del año 2004 la incorpora por primera vez (Llulle Navarrete, Philippe (2013), Divorcio, compensación económica y responsabilidad civil conyugal, Thomson Reuters, pp.36-43).

Además, debemos de agregar que no existe en el derecho comparado que ha tenido influencia sobre nuestras instituciones civiles una regla similar, como son los ejemplos de España y Francia.

DECIMOSÉPTIMO.- La tramitación del proyecto de ley en relación con la recepción de una nueva causal de divorcio culpable identificada como “conducta homosexual” tuvo los siguientes hitos.

Primero, ésta fue propuesta a la deliberación legislativa por la moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y los Diputados señores Walker, Jeame, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo bajo los siguientes términos:

“Artículo 54: “Será motivo de divorcio, hallarse uno de los cónyuges permanentemente en una situación o adquirir una conducta que contradiga gravemente los fines del matrimonio o lo inhabilite para alcanzarlos de una manera compatible con la naturaleza del vínculo. En especial, se considerará verificada la antedicha situación: (...)”

3. Si uno cualquiera de los cónyuges lleva a cabo conductas homosexuales”.

Y con la siguiente justificación:



*“A ello ha de agregarse la situación de quienes **-por su orientación sexual o su conducta sostenida-** se han puesto en situación incompatible con la naturaleza del matrimonio. En estos casos, el otro cónyuge podrá también solicitar el divorcio. No hay razón de justicia alguna, como se comprende, para obligar a un ser humano a mantener un vínculo con quien posee una conducta sexual o de otra índole que hace imposible el proyecto de vida en común que supone el matrimonio, atentando contra sus fines.”*

Esta causal fue aprobada por la Cámara de Diputados. Sin embargo, en el Senado, se introdujo la indicación de los senadores Andrés Zaldívar y Juan Hamilton que implicó identificar la causal de divorcio culpable como:

“(…) 4° Conducta homosexual de uno de los cónyuges”.

La Comisión de Constitución del Senado en su Primer Informe sostuvo respecto de esta causal lo siguiente:

*“(…) La Comisión coincidió en que **debe exigirse un comportamiento externo objetivo y no la mera condición o inclinación homosexual.**”*

En las intervenciones de expertos en Derecho Civil que se refieren a esta nueva causal destaca la intervención de Andrea Muñoz que sostiene que:

*“(…) Se agrega por otra parte, como **causal subjetiva**, una que alude a la circunstancia en que **uno de los cónyuges se ha opuesto a una situación o ha adquirido una conducta que contradice los fines del matrimonio, entre las que se contemplan las conductas homosexuales, que se establecen como un ejemplo específico.**(…)*

Y la intervención de Paulina Veloso, respecto del punto, en los siguientes términos:

*“(…) En cambio, en el texto sí está asociado a esto, o sea **el cónyuge culpable pierde derechos**. Por tanto, puede haber un interés muy grande en que **se decrete el divorcio por una causal subjetiva**. Entonces, si una persona recibe una demanda por alguna de esas conductas, habrá una reacción del otro de interponer inmediatamente una demanda reconventional, desmintiéndolo, pero **además alegando que esta persona maltrataba a los hijos o tuvo en alguna oportunidad conductas homosexuales, etc., lo que se traduce en todo un proceso de guerra**. Por eso, en el derecho comparado no hay ningún autor que defienda el divorcio por causales subjetivas, porque esto corresponde a la concepción de legislaciones antiguas, que se quedó, por ejemplo, en el derecho francés. Si estamos buscando una nueva legislación, no cometamos esos errores (…)”*

Finalmente, en la discusión cabe constatar respecto de esta causal el reconocimiento de las dificultades probatorias aludidas por el Diputado Aníbal Pérez:



“(...) Por otra parte, algunas causales de divorcio son bastante restrictivas, compleja su procedencia, y cuesta mucho probarlas. Por ejemplo, ¿cómo se probará que uno de los cónyuges tiene una conducta homosexual? ¿Será con fotografías o testigos? Es difícil probar una causal de esa naturaleza (...).”

DECIMOCTAVO.- En síntesis, el debate legislativo, primariamente, reemplazó el vocablo “conductas homosexuales” por “conducta homosexual”. Seguidamente, se constató que debe estar fundada en comportamientos externos y objetivos no pudiendo referirse a la mera inclinación homosexual. Tercero, se advirtieron los efectos del tratamiento subjetivo de las causales de divorcio culpable ejemplificadas esencialmente por los casos en donde las personas asumen o adquieren un patrón de conducta homosexual. Y, finalmente, se advirtieron, en la perspectiva del subjetivismo causal, las dificultades de prueba de esta causal de divorcio culpable;

c. ¿Qué entenderemos por “conducta homosexual”?

DECIMONOVENO.- Si bien la interpretación de esta norma cuestionada es un asunto de legalidad, pocos casos revisten un ejercicio que comprometa derechos constitucionales.

Por lo mismo, hay que partir de la versión predominante que ha existido desde el origen de esta regla. Una pretensión interpretativa razonable es orientar un sentido objetivo de la causal, de un modo tal que identifique una regla lo más objetiva posible, exigiendo actos externos y no el establecimiento de una condición personal.

La objetivación implicaría identificar acciones, describir hechos, tipificar actos u omisiones que denoten normativamente el sentido negativo de una causal de divorcio culpable.

No obstante, hay un tropiezo desde el inicio puesto que la motivación del legislador parece no haberse transferido a la voluntad de la ley.

En un sentido estático de las definiciones, la primera noción de “conducta” que recoge el Diccionario de la Real Academia nos refiere a la “manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones” y comportarse es “actuar de una manera determinada”.

Bajo estos criterios, ¿existe alguna distancia etimológica entre el sujeto y sus acciones? ¿Será posible distinguir hechos objetivos de aquellos que identifican el carácter, comportamiento o condición de una determinada persona?

VIGÉSIMO.- En un sentido lexicográfico, se utilizan usualmente términos como “buena conducta”, “mala conducta”, “conducta criminal”. La conducta sintetiza acciones. Así, en el orden disciplinario, la hoja de conducta (también se utiliza la expresión aún más categórica de hoja de vida), es el resultado de un registro de acciones. Solo el análisis *ex post* me permite identificar si tal hoja refleja una “buena o mala” conducta. Por eso, lexicográficamente la noción de conducta no solo no nos



indica acciones sino que es neutra en la especificación de las mismas. De este modo, la idea de conducta sólo se precisa con su adjetivación.

Así de este modo, podemos calificar como “conducta criminal” una patada voladora en el fútbol; pasarse una luz roja conduciendo, o el golpe alevoso que da un boxeador cuando había terminado un round. Ninguno de ellos describe *per se* un delito. Si era chofer de ambulancia ya supondrá usted que retiraremos el adjetivo. La conducta está sostenida en acciones, pero no son hechos por sí mismos. La adjetivación califica pero, incluso provisoriamente, como es el ejemplo del chofer.

VIGESIMOPRIMERO.- Otra alternativa, es entender un sentido técnico de la palabra, siguiendo la vía indicada por el artículo 21 del Código Civil. En esta línea, la psicología y la psiquiatría nos auxilian para encontrar un sentido a la expresión “conducta”. Esta parte del argumento, es un *obiter dicta* por cuestiones evidentes por sí mismas. No obstante, cabe considerar los instrumentos con los cuales se trabaja usualmente en estas disciplinas en el ejercicio diagnóstico para identificar trastornos mentales.

Para ello, recurrimos al vigente *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* en su quinta edición o, simplemente, DSM-5 de la *American Psychiatric Association* teniendo a la vista su suplemento actualizado al año 2018 (https://psychiatryonline.org/pb-assets/dsm/update/DSM5Update_octubre2018_es.pdf).

Lo más relevante es el desuso técnico de la expresión conducta y la utilización de la expresión comportamiento. Así se habla del comportamiento antisocial de un niño o un adolescente y no de “conducta antisocial”. O las afectaciones con alteración o sin ellas sobre el comportamiento que generan trastornos neurocognitivos basadas en alguna otra enfermedad conectada (Alzheimer, el VIH, la enfermedad de Huntington, un trastorno vascular, un trastorno cerebral o múltiples etiologías).

Y los comportamientos dan cuenta de una regla de coherencia del actuar consigo mismo y en determinados contextos. Así, por ejemplo, un comportamiento dentro de un supermercado, una iglesia o el transporte público tienen un cierto patrón de acciones esperadas. El desorden del comportamiento, en esos contextos, es una manifestación externa de algún tipo de problemas, diríamos nosotros, ya no de “conductas” sino que de comportamientos.

VIGESIMOSEGUNDO.- Como sabemos, para que el derecho tenga una vocación de permanencia, recurre a una lógica textura abierta de los términos que permita una evolución natural sin recurrir a la reforma legal.

Sin embargo, este no es un caso de mera apertura conceptual, sino que, con todas las discusiones teóricas que existen sobre las distinciones entre vaguedad y ambigüedad; sobre enunciado normativo y norma; y sobre vaguedad en la norma o en la adjudicación de la norma a hechos variables, parece que tiene componentes de todos estos.



Por una parte, la expresión conducta no identifica por sí mismo acciones, sino que se sustenta en ellas. Tampoco se funda en un criterio técnico del término lo que lo acotaría y especificaría. No es una expresión que podríamos denominar ambigua en función de definiciones polisémicas de la misma. Más bien es un caso de doble vaguedad. Por una parte, la asociada al término mismo de conducta, según ya hemos descrito variados problemas, sino que se potencia en la vaguedad combinatoria con la adjetivación de la expresión “homosexual”. Este es un caso en donde no existe ningún mandato normativo sin recurrir a su adjetivación. Todo el caso reside en el universo interpretativo de la expresión “homosexual”.

VIGESIMOTERCERO.- ¿Qué será lo propio de la “conducta homosexual” de un modo tal que no juzguemos la condición de “homosexual”? La hipótesis legal está presente desde el primer momento. Los casos anteriores vistos por esta Magistratura, a criterio de los demandantes de divorcio culpable, eran de infidelidad (STC 2435) y de “andar abrazados en actitud de pololas” (STC 2681). Ahora, el demandante retiró la invocación de la causal del artículo 54, numeral 4°, con lo cual no podemos sostener el argumento evidenciado en hechos.

La vaguedad es tal que la indeterminación ha sido sostenida por jueces o la doctrina aludiendo a un sinfín de hipótesis (un beso, caricias, andar de la mano, sexo por Internet, travestismo, etc.). Sin embargo, tales conductas pueden ser derechamente entendidas como una expresión de comportamientos afectivos externos que no se vinculen a relaciones sexuales de ningún tipo. Con ello, la expresión “conducta” ya se torna en un arma arrojadiza que puede liberar la necesidad de probar comportamientos graves y permanentes que afectan la relación conyugal.

Quizás una de las mejores expresiones de este problema es el tratamiento que ha dado la doctrina a las causales y cómo las clasifica.

“Las causales para demandar el divorcio han sido clasificadas por la doctrina según su contenido y naturaleza. Así, se reconocen causas criminológicas, caracterizadas por conductas constitutivas de eventuales delitos, como son las de los números 1, 3 y 6 del inciso 2° del artículo 54 de la LMC; se distinguen también causas culposas, esto es, que comprenden comportamientos que se distancian de un patrón de conducta debido en el marco de la relación conyugal, como son las comprendidas en el número 2 de la misma norma; y finalmente, se aprecian causas que apuntan a condiciones biológicas, físicas o psicológicas de los cónyuges, comprendidas en los números 4 y 5 del artículo revisado. Se advierte así el carácter punitivo de la comprensión del divorcio en esta tipología” (Court, Eduardo (2004). Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947 de 2004. Analizada y Comentada. Santiago, Editorial Legis, pp. 83-87 y Troncoso, Hernán. Derecho de Familia. Santiago, Editorial Thomson Reuters, decimoquinta edición actualizada, 2014, pp. 87 – 88; citados por Ponce Márquez, Matías (2018), “El divorcio en el derecho chileno: críticas y propuestas”, Memoria de Grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 41).



VIGESIMOCUARTO.- Hasta aquí podríamos entender que nos hemos movido dentro del universo de la interpretación legal. Sin embargo, desde siempre el caso supone que las normas tengan un propósito que les otorgue eficacia. Y esa interpretación del artículo 54, numeral 4° de la Ley 19.947, en este caso, es expansiva puesto que las hipótesis sobre las que circula implica empujar, necesariamente, el reconocimiento de un escenario vedado para el legislador al sostener un cuestionamiento a una condición personal y no a unas acciones. Cuando tratamos en el apartado anterior las características del divorcio culpable, lo especificamos como una regla de interpretación restrictiva, entre otras cosas, porque el matrimonio se ha encuadrado crecientemente en el desarrollo del principio de la autonomía y en el marco de la igualdad ante y en la ley. En consecuencia, una interpretación expansiva lesiona necesariamente la dignidad humana al afectar condiciones que no controlan. ¿Tendrá otras alternativas un contrayente que ve afectada sus relaciones de afecto y otras obligaciones en el matrimonio?

d. ¿Se necesita introducir criterios sobre la orientación sexual de los contrayentes para la ruptura conyugal?

VIGESIMOQUINTO.- Partimos de la base que hay un interés constitucional puesto en juego. El principio de no discriminación y la interdicción en la arbitrariedad al legislador. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone “a hombres y mujeres igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos (...)” (artículo 3°). Esta igualdad de derechos civiles no sólo ha de existir al momento de la celebración, sino que también en casos de ruptura. El artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “*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 (...)*”. La Observación General N°28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres en esta materia indica que “*los Estados Partes deben velar asimismo por que se respete la igualdad con respecto a la disolución del matrimonio, lo cual excluye la posibilidad del repudio. Las causales de divorcio y anulación deben ser iguales para hombres y mujeres, al igual que las decisiones respecto de la división de los bienes, la pensión alimenticia y la custodia de los hijos. La determinación de la necesidad de mantener contacto entre los hijos y el progenitor al que no se haya confiado su custodia debe obedecer a consideraciones de igualdad. La mujer debe asimismo tener los mismos derechos que el hombre, respecto de la herencia cuando la disolución del matrimonio obedece al fallecimiento de uno de los cónyuges*” (Observación General N°28, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas).

Aún más relevante para el caso específico es la aplicación de los criterios de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (CEDAW). En particular, el artículo 16.1 que dispone que “*l[os] Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer*



en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)

c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución".

VIGESIMOSEXTO.- Esta causal de divorcio culpable debe ser considerada con razón como una "violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio". El legislador determinó que uno de los deberes del matrimonio es que "los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos" (artículo 131 del Código Civil). Por lo mismo, califica el adulterio como grave infracción al deber de fidelidad sexual (artículo 132 del Código Civil) que se deben los contrayentes. Sin embargo, el alcance de "este deber de guardarse fe no sólo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida" [Barrientos Grandón, Javier (2009), *El Código de la Familia*, Santiago, Legal Publishing, p. 28].

VIGESIMOSÉPTIMO.- Si la razón de la causal se encuentra en la protección jurídica del deber de fidelidad heterosexual en un sentido restringido o fidelidad humana, en un sentido amplio, cómo se explica que el legislador haya definido en el artículo 54, numeral 2°, de la Ley de Matrimonio Civil, como otra causal de divorcio culpable, la "transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo y reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio". Resulta difícil concebir una regla más amplia que proteja los deberes del matrimonio que esta causal. Por lo mismo, la "cuota de infidelidad" que importa alguna de las acciones que puedan ser calificadas como conducta homosexual dentro del matrimonio están cubiertas ampliamente por la causal del artículo 54, numeral 2° de la Ley N° 19.947. Por tanto, habrá que interpretar un sentido autónomo la causal del artículo 54, numeral 4° impugnada por este requerimiento judicial.

VIGESIMOCTAVO.- Esta búsqueda de la autonomía interpretativa de la causal de la conducta de divorcio la podemos visualizar mejor en el análisis comparativo con las restantes reglas de divorcio culpable.

Las otras causales de divorcio culpable definidas taxativamente, excluyendo la segunda ya explicada, son:

"1°.- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos; (...) 3°.- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4°.- Conducta homosexual;



5º.- *Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos,*

Y 6º.- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.”;

VIGESIMONOVENO.- Estas causales están referidas a conductas contrarias al cónyuge, a los hijos o a todos ellos. Su gravedad se manifiesta por sí misma: los hechos que conllevan un homicidio frustrado, el ejercicio de la violencia intrafamiliar, la drogodependencia o el alcoholismo como patología social contra la familia y el proxenetismo. A ello hay que sumar la existencia de condenas penales ejecutoriadas por la comisión de delitos contra la familia. Y en medio de ellas, “la conducta homosexual”. ¿Un delito, una patología psíquica o física, una hipótesis de abuso, un ilícito civil, un daño moral o social? Piénsese que esta comparación desconcierta por la valoración que el legislador tiene de la “conducta homosexual” a secas, sin calificativos ni exigencias adicionales. En los demás casos, no basta el ilícito ni el delito o la concurrencia de los hechos mismos. Normalmente vienen acompañados de malos tratamientos “graves”, excluyendo medianos o leves. Condenas ejecutoriadas por delitos penales “que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal”, en cuyo caso se toleran las desarmonías medianas o rupturas circunstanciales. Un alcoholismo o drogadicción “que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa”. El legislador sabe que las familias conviven con estos males hasta que se vuelvan completamente intolerables. Y, por el contrario, identifica la “conducta homosexual” como causal de divorcio culpable, sin atenuante ni tolerancia ninguna. ¿Basta un solo acto externo? Es evidente que se trata de una facultad judicial y no de un deber de aplicación mecánica de subsunción ajena a una ponderación. Quién mejor lo sabe es la jueza de familia que requiere en estos autos.

TRIGÉSIMO.- El legislador introduce, en consecuencia, un ejercicio comparativo de la “conducta homosexual” en el mismo catálogo de delitos, patologías sociales, enfermedades de dependencia física o sentencias condenatorias por abusos o violencia.

¿Existe algún vínculo con una finalidad constitucionalmente legítima para establecer esta comparación?

No estando establecido el derecho al matrimonio en la Constitución y, aún si lo vinculásemos al derecho convencional (artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), ninguna de estas fórmulas permite sostener que no es posible llegar al mismo propósito de salvaguardar las finalidades legales del matrimonio sin recurrir a un doble agravio constitucional. Primero, mediante la equiparación de condiciones patológicas asimilándolas a la homosexualidad. Tal situación es un retorno al tratamiento como tal de esa condición tratada como enfermedad con anterioridad a su exclusión en el MSD-3 (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders- 1974/1980*). Tal identificación con una patología afecta la dignidad humana y, a su vez, supone diferenciar de un modo arbitrario generando una diferencia que



atenta contra la igualdad entre un hombre y una mujer en las reglas de ejecución del matrimonio que abarcan hasta su disolución.

E. Trato basado en prejuicios.

TRIGESIMOPRIMERO.- En el matrimonio heterosexual la presencia de un contrayente homosexual no implica problemas por sí mismo pero tampoco la ausencia de conflictos.

No es problema a todo evento, porque la mera concurrencia de acciones homosexuales en el matrimonio no es constitutiva *per se* de una acción de infidelidad. La convivencia de patrones alterados de homosexualidad en contextos dominantes de heterosexualidad lleva a que estos hechos se manifiesten usualmente de manera esporádica y solapada.

Pero tampoco es ajeno al conflicto el ya no saber interpretar un acto específico en el marco del matrimonio, sino que puede haber un problema de origen acerca de las características del contrayente. La naturaleza de la imputación de la “conducta homosexual” debe precisarse con claridad temporal. Lo anterior, puesto que “la ley no exige que la homosexualidad deba ser conocida por el otro cónyuge. Pero de no haberlo sido al momento de contraer matrimonio, puede configurarse la causal del artículo 8°, N° 2°, al presentarse error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento.” [López Díaz (2005), Carlos, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Tomo I, Librotecnia, p. 274].

Partimos de la base de que puede haber error en las cualidades del contrayente y no haber consentimiento desde el origen, pero tal circunstancia da cuenta de un conflicto de legalidad del todo diferente al de esta causa. La dimensión temporal es fundamental en el despliegue del conflicto.

TRIGESIMOSEGUNDO.- La satisfacción del bien jurídico de la fidelidad y, en un amplio sentido, de los deberes propios del matrimonio, es un asunto que debe verificar el juez de fondo, en la medida que exista igualdad de condiciones para examinar las imputaciones culpables propias y comunes en el deterioro de la convivencia humana en el matrimonio. El problema es recurrir en ese contexto a una ausencia de acciones y a una integración normativa por la vía de los prejuicios.

TRIGESIMOTERCERO.- Es evidente que las clasificaciones basadas en sexo en cuanto género, no son necesariamente sospechosas y, por ende, no implican *per se* la adopción de un estricto escrutinio de juzgamiento, salvo cuando la discriminación refleje un estereotipo arcaico que manifieste significativas diferencias entre los sexos. Por tanto, cuando se argumenta sobre un interés que implica una excesiva carga sobre un determinado grupo de personas sometidas a discriminaciones, el legislador estará



compelido a explicar la racionalidad del interés protegido. En tal sentido, hay un riesgo de una clasificación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido estigmatizada por efecto de la clasificación, cuando la clasificación está basada en un estatus inmutable o basada en condiciones que la persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que aísla a los individuos sujeto de discriminación generando un debilitamiento de sus garantías en la protección de sus derechos civiles y fundamentales.

En síntesis, no basta con asumir la razonabilidad de la distinción sosteniendo que se trata de una legislación coherente con el matrimonio heterosexual sin, a la vez, analizar cómo la categoría “orientación sexual” define un estatuto de derechos civiles que se restringe por la aplicación de esta causal de divorcio culpable con todas sus consecuencias para uno de los contrayentes.

TRIGESIMOCUARTO.- Esta causal de divorcio culpable asigna al cónyuge una responsabilidad por actos indistinguibles de su condición personal, reafirmando un estándar subjetivo no permitido por la Constitución. La determinación del legislador constituye una vulneración esencial del propio ámbito de los derechos fundamentales, puesto que la identificación de un límite debe estar basada irredargüiblemente en actos externos, de significación jurídica plausible, que generen afectación a terceros. No es posible tolerar la constitución de un límite a un derecho fundamental a un trato igualitario, si la naturaleza de ese límite consiste en degradar la condición de la persona misma o imputarla con responsabilidad y sanciones por un patrón conductual que no puede modificar.

TRIGESIMOQUINTO.- La noción de conducta, neutramente entendida, no refiere acciones específicas, pero adjetivada con la palabra “homosexual”, activa una integración normativa de prejuicios, en manos del intérprete de la regla, que puede incorporar hechos ilimitadamente adversos sin atender a la condición de persona y a sus características individuales. También puede acontecer lo contrario. Esto es una dimensión restrictiva que lleve a una prácticamente nula aplicación de la regla. Pero la debilidad de la norma es esa, permitir un cuestionamiento a la condición de las personas en un marco crítico para resolver la ruptura del matrimonio.

Las reglas deben ser guiadas por una interpretación razonable de la misma. En cambio, en este caso la interpretación extensiva se torna incompatible con el sentido restrictivo que tiene la situación extraordinaria de la ruptura matrimonial mediante divorcio culpable. De este modo, en línea de principio, la interpretación que integra y crea una causal de divorcio identificando la condición individual de la orientación sexual de uno de los contrayentes, vulnera el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución puesto que afecta la condición de persona misma (artículo 1° y 19° de la Constitución y su dignidad humana (artículo 1° de la Constitución), en su relación con el artículo 19, numeral 2°, antes enunciado.



V. Aplicación de criterios a este caso específico.

TRIGESIMOSEXTO.- En función de los criterios aludidos, corresponde realizar el examen de aplicación al caso concreto planteado por este requerimiento judicial.

En primer lugar, cabe constatar que el divorcio por culpa introduce un conjunto de causales extremadamente graves y completas de un modo tal que ni siquiera la infidelidad pura y simple constituye una de esas causales. Basta un conjunto superior de requisitos, medios probatorios y verificaciones avaladas en un conjunto de hechos.

De este modo, la presencia de una causal que no aparece condicionada y de cuyo cumplimiento reside en una tarea interpretativa extensiva del supuesto basado en un hecho vago, parece claro que configura una causal que desequilibra las reglas civiles por las cuales debe guiarse el matrimonio incluyendo su ruptura.

En particular, el artículo 16.1 literal c) de la CEDAW en relación con el artículo 5° de nuestra Constitución dispone la existencia de los mismos derechos entre hombres y mujeres al momento de la disolución del matrimonio.

De este modo, la presencia de la causal del artículo 54, N° 4, de la Ley N° 19.947 impone una ventaja agregativa a una demanda por divorcio culpable sin especificarlo en un fundamento sostenido en hechos. Por lo mismo, se trata de una ventaja que se traduce en un criterio que supera la mera razonabilidad.

En este sentido, no se conecta con una finalidad constitucionalmente legítima puesto que configura un privilegio dentro de la tramitación del divorcio por culpa, generando una ausencia de idoneidad teleológica.

TRIGESIMOSÉPTIMO.- Por lo mismo, no hemos dudado en calificar como una desventaja el recurrir a tal causal y respecto de lo cual parece existir un elemento pacífico en esta causa. El requerimiento judicial solicita la inaplicabilidad del precepto legal, el demandante de divorcio culpable lo retiró de su demanda, sin perjuicio, de que sigue estando presente en la resolución del juicio por decisión de la requirente en autos.

En consecuencia, los motivos que fundan la correspondencia, o falta de ella, entre el motivo o fundamentos por los que la reclamación se basa y la necesidad, capacidad o circunstancias reales del reclamo, dan cuenta de la abierta falta de necesidad de recurrir a esta causal.

De este modo, tampoco cumple con el principio de necesidad. El juicio por divorcio culpable se mantiene en pie. Ningún derecho de las partes se ha afectado por dejar de utilizar esta causal, declarando su inaplicación concreta y no obligando a la jueza de familia a tener que fallar conforme exclusivamente al principio de inexcusabilidad, a sabiendas de la conciencia de inconstitucionalidad de la norma.



Justamente, este es el sentido de habilitar para cada juez la facultad de promover el juicio previo de inaplicación por inconstitucionalidad de la norma, morigerando los efectos anti justicia que sostendría su mantenimiento.

TRIGESIMOCTAVO.- Y esta falta de idoneidad y de suficiencia o necesidad se basa en una motivación adicional a puros elementos pragmáticos. Se trata de un caso en donde el mantenimiento de la causal para el caso concreto genera una minusvaloración para la dignidad humana de las personas homosexuales, en todas sus formas en general, y, en particular, de la parte demandada en el juicio por divorcio culpable. Se trata de una afectación de condiciones esenciales respecto de los cuales no cabe diferenciar a las personas. Se trata de una norma que define una regla discriminatoria al ser fundada en un criterio no razonable, arbitrario y denigrante de la condición de personas históricamente segregadas y sostenidas en una clasificación basada en un estatus inmutable o en condiciones que la persona no puede controlar. Aquello vulnera el artículo 19, numeral 2° de la Constitución, ya que el legislador estableció una “diferencia arbitraria”, sostenida en la orientación sexual de las personas, estableciendo una regla punitiva de efectos civiles, procesales y económicos perjudiciales para uno de los contrayentes del matrimonio.

TRIGESIMONOVENO.- En consecuencia, corresponde que en la Causa Rol C-607-2019, seguida ante el Juzgado de Familia de Coquimbo, no se aplique el artículo 54, N° 4, de la Ley N° 19.974 y se proceda a seguir adelante el juicio por divorcio culpable, conforme a principios y reglas conciliables con la Constitución, como son la dignidad humana, el principio de igualdad y no discriminación y el reconocimiento del respeto a los principios del interés superior del niño comprometidos en la causa por los otros elementos que integra el caso mismo.

De este modo, se declara inaplicable el artículo 54, N° 4°, de la Ley N° 19.947 por vulnerar el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, según ya hemos descrito ampliamente.

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



SE RESUELVE:

- 1) QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA INAPLICABLE EL ARTÍCULO 54, N° 4, DE LA LEY N° 19.947, SOBRE MATRIMONIO CIVIL, EN LA CAUSA CARATULADA “SARRIA CON PLAZA”, SUSTANCIADA ANTE EL JUZGADO DE FAMILIA DE COQUIMBO, BAJO EL RIT C-607-2019, RUC 19-2-1343836-3.
- 2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.

DISIDENCIA

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento deducido por las razones que a continuación se expresan:

1º. Estamos en presencia de un requerimiento de inaplicabilidad formulado por una juez, quien sostiene que en la causa que ella conoce, un marido ha demandado el divorcio por falta imputable a su cónyuge fundado en la supuesta concurrencia de dos causales establecidas en el artículo 54, inciso segundo, del Código Civil: la infidelidad (Nº 2º) y la conducta homosexual (Nº 4º). El precepto legal impugnado corresponde a la última de las causales mencionadas, aduciéndose que su aplicación en la gestión pendiente vulneraría el artículo 19, Nº 2º de la Carta Fundamental, el cual asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, y dispone que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

2º. La magistrada requirente argumenta, en síntesis, que la causal de divorcio por conducta homosexual se encuentra inevitablemente vinculada a una condición de la persona, como es la homosexualidad, por lo que asociar una determinada identidad de género a una causal de divorcio culpable implicaría hacer una diferencia de trato arbitraria.

3º. Para adoptar una decisión en causas de inaplicabilidad, este Tribunal no debe obviar las características de la gestión judicial pendiente. Tal como se explicará, la tramitación de dicho juicio de divorcio presenta características especiales que hacen que este requerimiento deba ser rechazado por improcedente. En efecto, los antecedentes de la causa dan cuenta que no es necesaria una declaración de esta Magistratura para que evitar que el precepto impugnado se aplicado en el juicio de divorcio. Estamos ante una causa en la que ninguna de las partes, incluido la juez,



quiere que se aplique la causal de divorcio que hace referencia a la conducta homosexual. Por consiguiente, la acción de inaplicabilidad interpuesta no cumple con el requisito constitucional consistente en que el precepto que se objeta pueda ser aplicado, tal como lo dispone el artículo 93, inciso undécimo, de la Constitución.

4º. Es un hecho cierto que el demandante en el juicio de divorcio (y requerido en autos) ha renunciado a su pretensión de que se declare el divorcio por aplicación de la causal impugnada. Así lo ha declarado en esta sede (con independencia de que también lo haya hecho ante el juez del fondo). Por lo tanto, este Tribunal, constatando por sí mismo la inequívoca voluntad de no perseverar en su intento inicial de que se aplique en la gestión pendiente el precepto legal que, en virtud del presente requerimiento, se quiere inaplicar, el conflicto de constitucionalidad ha decaído, deviniendo en un mero ejercicio abstracto desvinculado del caso concreto en cuanto a su utilidad procesal concreta.

5º. La juez requirente sostuvo en esta sede constitucional que “la causal cuya constitucionalidad se cuestiona, por su naturaleza, no puede asimilarse a las demás, muy especialmente en el caso de autos, pues si el actor no logra probar la infidelidad pero se acredita la homosexualidad de la cónyuge (lo que podría suceder en el juicio), habrá que acoger el divorcio planteado sólo por dicha causal, o sea, bastaría con ser homosexual para que el divorcio opere, es decir, la Ley discrimina por identidad de género” (fs. 5).

6º. Como se colige lógicamente de las palabras de la propia juez ante esta Magistratura, la posibilidad de que ella deba acoger el divorcio planteado por dicha causal está condicionada a la acreditación por parte del marido de la homosexualidad de la cónyuge (el peso de la prueba es del demandante), lo que ya no podría suceder en tal juicio ante la explícita y reiterada manifestación de voluntad del actor.

7º. Como consecuencia de lo recién indicado, la juez del Tribunal de Familia puede entender satisfecha su pretensión última de evitar la posibilidad de que el precepto que consagra la causal reprochada le obligue a acoger el divorcio por “conducta homosexual”. En otras palabras, sin necesidad de un pronunciamiento por parte de este Tribunal Constitucional, carece de plausibilidad la opción de que el artículo 54, inciso segundo, numeral 4º, del Código Civil pueda ser determinante en la resolución del caso en la judicatura de familia.

8º. Para la demandada puede decirse algo similar. En el juicio de divorcio declaró lo siguiente: “[p]or este acto vengo en contestar esa demanda, oponiéndose desde ya a la pretensión, en atención a la completa falsedad de los hechos por ella invocados. (...) el demandante le imputa a mi representada en su demanda una serie de conductas que dan a entender que ella mantenía una relación con una persona de su mismo sexo, durante su matrimonio. Al respecto S.S. debe afirmarse por esta parte, que lo presentado por Don Oscar son imputaciones FALSAS,” (fs. 16-17). [.../...] Ruego a S.S.: Se sirva tener por contestada en tiempo y forma la demanda de divorcio



culpable interpuesta en contra de mi representada, para que en definitiva sea totalmente rechazada con expresa condenación en costas” (fs. 30).

9°. Es efectivo que la juez de la causa rechazó el desistimiento parcial presentado por la demandante (requerida en autos). Sin embargo, hay que recalcar que, sin perjuicio de lo obrado en la gestión pendiente por parte de un actor (requirente) que ha expresado un legítimo interés en el resultado de la causa seguida ante esta Magistratura, la determinación final (en sede constitucional) acerca de si un precepto puede o no tener incidencia decisiva en la resolución del asunto le corresponde al Tribunal Constitucional. El precedente más ilustrativo de lo recién señalado es la STC 2439 recaída en una causa en la que Excma. Corte Suprema requirió a este Tribunal la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal. Es evidente que los actos de dicha Corte (como cualquier otro juez de la república o interviniente que se presente ante esta sede) merecen la mayor de las consideraciones. No podría ser de otra manera. El Tribunal Constitucional, no obstante, y luego de analizar los antecedentes aportados, consideró fundadamente que la norma legal cuya inaplicabilidad se solicitaba no podía resultar aplicable en la causa pendiente de fallo (se encontraba en acuerdo) ante la Excma. Corte Suprema y, por lo tanto, rechazó el requerimiento.

10°. En numerosas ocasiones esta Magistratura ha considerado que, sin perjuicio de haber declarado en sala admisible un requerimiento de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional en Pleno podría, previo a conocer del fondo del asunto, declarar en definitiva su improcedencia. Se cita, a modo ilustrativo, el párrafo final del considerando 3º de la STC 1046: *“Sin embargo antes de entrar a la cuestión de fondo, el presente fallo habrá de resolver las peticiones de improcedencia formuladas por la requerida. Conforme al proceder invariable de este Tribunal, si tales cuestiones de admisibilidad fueren acogidas, no procederá a entrar al fondo del asunto, pues la acción, declarada improcedente por motivos de admisibilidad, no puede prosperar. En consecuencia, este examen es preliminar”*. Desde la dictación de dicha sentencia el año 2008, este Tribunal siempre ha entendido que, con independencia de que se haya declarado admisible un requerimiento, el examen fruto de la deliberación de una causa llevada a cabo en sesión de Pleno puede dar lugar al rechazo de una acción de inaplicabilidad por razones formales, esto es, de aquellas analizadas primeramente en Sala. En este caso concreto, la declaración de improcedencia con ocasión de la sentencia de término es aún más entendible si se tiene presente que el antecedente nuevo que se ha considerado determinante para la desestimación del requerimiento ocurrió con posterioridad a la declaración de admisibilidad. Por lo mismo, discrepamos respetuosamente de la postura expresada en el considerando 8º del fallo (voto de mayoría), según el cual los antecedentes relativos al desistimiento acompañados a este proceso no son ni pueden ser parte de la presente litis constitucional. Refrendamos nuestra posición citando, nuevamente, jurisprudencia de este Tribunal: *“[a]l decidir el conflicto constitucional, el Tribunal Constitucional debe considerar todos los elementos que las partes adjunten al proceso, estando*



facultado expresamente por la Carta Fundamental para resolver el asunto sometido de acuerdo a tales antecedentes” (STC 1215, c. 9º).

11º. En consecuencia, de acuerdo a los antecedentes aportados al expediente y guiándonos por el lenguaje utilizado en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República, se ha verificado que la aplicación del precepto legal impugnado no puede resultar decisivo en la resolución del asunto.

POR TANTO, el requerimiento de inaplicabilidad deducido debe ser rechazado por improcedente y así debió ser declarado.

PREVENCIONES

Se previene que el Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR estuvo por concurrir a la decisión de acoger el presente requerimiento, teniendo únicamente presente lo que sigue:

La Acción de Inaplicabilidad

1º. Que, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad constituye un control concreto de constitucionalidad, en que la gestión judicial pendiente incide decisivamente a efecto de examinar si el precepto judicial impugnado resulta o no contrario a la Carta Fundamental, y en ese proceso debe la judicatura constitucional verificar si la norma jurídica observada efectivamente produce consecuencias inconstitucionales en la causa judicial pertinente;

2º. Que, la configuración jurídica de la inaplicabilidad en la Constitución Política en vigor, hace que las circunstancias y características del caso considerado tengan una importancia concluyente en la resolución del asunto constitucional promovido en la jurisdicción constitucional. De manera que, puede ocurrir que en una situación jurídica determinada el precepto legal objetado resulte conforme a la Carta Fundamental, y en otro caso derive en ser contrario a ella. Así la declaración de inaplicabilidad de una disposición legal en un caso específico no significa que su aplicación sea inconstitucional en otros;

3º. Que, en definitiva, “el conflicto constitucional en sede de inaplicabilidad puede brotar con claridad del sólo texto del precepto legal cuestionado y, en otras, emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto” (STC Rol N°1065, c.22). En este caso, a juicio de este juez constitucional, surge de la singularidad del asunto que origina la acción de inaplicabilidad promovida por la Jueza de Familia de Coquimbo;



El caso concreto y la disposición legal impugnada

4°. Que, como se expresa en la parte expositiva de la sentencia, la gestión judicial pendiente consiste en un proceso de divorcio tramitado ante el Juzgado de Familia de Coquimbo, en que el marido solicita se declare el divorcio de su matrimonio, atendido a que su mujer incurrió en violación grave a los deberes y obligaciones conyugales y en una conducta homosexual, por lo que tendrían lugar las causales establecidas en los numerales dos y cuatro del artículo 54 de la Ley N° 19.947 que establece nueva ley de Matrimonio Civil;

5°. Que, consta de los autos constitucionales que, el matrimonio en conflicto judicial tiene dos hijos: Vicente Alonso, de 10 años de edad, y Valentina Paz, de 4 años de edad, quienes viven con su madre, demandada en el juicio de divorcio (fojas 9);

6°. Que, la Jueza de Familia de Coquimbo que conoce del proceso de divorcio, estimó que la causal cuarta del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil que expresa que *"incurrir en dicha causal entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:(...) 4° Conducta homosexual"*, esgrimida por el demandante como uno de los fundamentos de la acción de divorcio, a su juicio, vulnera la Constitución en su artículo 19 N°2, que establece la igualdad ante la ley de todas las personas y prohíbe las diferencias arbitrarias que pueda consagrar la ley o la autoridad;

7°. Que, constan en el expediente de la gestión judicial pendiente, que el demandante pide el desistimiento parcial de la acción, en aquella parte que la funda en la causal del numeral cuarto del artículo 54 de la ley de Matrimonio Civil, desistimiento que es rechazado por el tribunal de familia, resolución en contra de la cual interpone recurso de reposición que también es desechado;

8°. Que, el examen de constitucionalidad de la norma jurídica objetada no puede soslayar los valores contenidos en la actual Constitución plenamente vigente, referidos al caso concreto. Por consiguiente, adquiere preponderancia el artículo 1° constitucional que expresa que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", su inciso segundo manifiesta que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad". Además, considerando que los efectos trágicos de la ruptura conyugal evidenciada en el Juzgado de Familia de Coquimbo, alcanza en toda su intensidad a los niños, hijos de los litigantes en el caso considerado, tiene lugar la Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en mérito de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y el derecho a su vida privada, garantía constitucional establecida en el artículo 19 N°4, ambas disposiciones establecidas en el texto fundamental;

9°. Que, la causal de divorcio culpable de conducta homosexual, más allá de los efectos mismos que pueda considerarse respecto de los cónyuges en proceso de divorcio, tiene o puede llegar a tener efectos indeseados en los niños involucrados, a lo largo de su vida, provocándoles un fuerte impacto dañoso, no evaluados



suficientemente por quienes más afecto les tienen, esto es, sus propios padres. Precisamente, la acción de inaplicabilidad al estar referida al caso concreto permite al juez constitucional concernir a este asunto, con la prudencia debida sin inmiscuirse en la competencia natural del juez del fondo;

10°. Que, al establecer la ley de Matrimonio Civil como una causal de divorcio culpable, la conducta homosexual, considerada una pena que lesiona gravemente la vida familiar, hecho que el cónyuge que lo alega debe probar fehacientemente, atendido la seriedad de la acusación. El legislador pretirió las consecuencias que ello puede tener en la descendencia común, no sólo acreditada la causal y eventual fundamento de derecho, en la sentencia que concede el divorcio sino que en la etapa probatoria del juicio, en que deben comparecer testigos y tener lugar otros medios de prueba, todas las audiencias con una carga emocional de las partes y de sus hijos, como en este caso concreto, que aunque no estén presentes en el mismo, la especial sensibilidad de los niños que perciben con facilidad el ambiente en que viven, y en que lo experimentado por sus padres en el proceso persiste más allá de las audiencias mismas, trasladando a su residencia sus sentimientos de animadversión hacia el otro cónyuge;

Razones de orden constitucional que hacen que la disposición legal impugnada produzca efectos contrarios a la Constitución, en el caso concreto

11°. Que, la dignidad humana constituye, en la actual ley suprema, un principio matriz que irradia la institucionalidad del país y que, en el entendido de esta Magistratura hace que el ser humano deba recibir “un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados” (STC Rol N° 389, c.17). En virtud de este principio, los integrantes de una familia afectada por la ruptura conyugal tienen que recibir de los órganos del Estado una especial consideración, particularmente si entre los miembros de aquella hay niños, como lo es en el caso concreto de estos autos constitucionales, de forma que cualquier acto o resolución estatal debe tener en cuenta la dignidad de los menores, que son los que más sufren los rigores del conflicto de sus padres. Por eso, es que la disposición legal objetada, en su aplicación ocasiona un perjuicio a la dignidad de ellos;

12°. Que, tal como se ha señalado en los considerados anteriores, “la Carta Fundamental en el artículo 1°, inciso segundo, establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, agregando el inciso final que es deber del Estado dar protección a la familia. A su vez el artículo 19 N° 4 asegura a toda persona, el respeto y protección a la honra de la familia. De esta manera, el estatuto constitucional considera a la sociedad familiar como una de las bases esenciales de la institucionalidad. No obstante, al no conceptualizar el constituyente la reseñada institución, de los antecedentes emanados de las actas de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano que redactó la Carta Fundamental, y considerando la época de la redacción de la norma, es dable concluir que tal entidad



está referida a la familia que comprende marido, mujer e hijos, concepto que en el derecho en general se entiende en un sentido restringido. La doctrina clásica confirma lo expresado al señalar que “es tal la unión que, un hombre y una mujer ligados en matrimonio, forman con sus hijos” (Cea Egaña, José Luis (2015) Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, Ediciones UC, p. 210) (STC Rol N°7774, c.11);

13°. Que, “el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17 expresa “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención” (STC Rol N°7774, c.12). Esta regla es coincidente con el Estatuto Constitucional Chileno en orden a elevar a principio la institución de la familia y su protección. Acorde con los conceptos precitados, el ordenamiento jurídico nacional debe contener reglas que hagan efectivo dicha protección y fomento de la organización familiar, y en ella poner de relevancia la seguridad infantil, a su vez eliminar cualquiera norma que pueda lesionar su bienestar y afectar su existencia;

14°. Que, el artículo 5°, inciso segundo, constitucional impone al Estado el respeto a los tratados internacionales ratificados por Chile, respecto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Uno de aquellos instrumentos es la Convención sobre los Derechos del Niño. Al efecto, dicha Convención expresa que “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” (artículo 3). Conforme a ello, el precepto legal impugnado no se aviene con el precepto del tratado consignado, y el padre que lo hace valer atenta contra el bienestar de sus hijos;

15° Que, sobre el enunciado principio cabe señalar que la doctrina considera que constituye una cláusula abstracta de carácter indeterminado, No obstante aquello, existe una conceptualización del mismo, en cuanto a comprender que está integrado por todas aquellas medidas, actos o situaciones destinadas a respetar plenamente los derechos de los niños a su tranquilidad y felicidad, como el derecho a jugar o a no tener problemas de sobrevivencia, y la creación y mantención de un ambiente propicio de tranquilidad, orden y paz. Y que aún en la realidad más difícil, en que se encuentre inmerso un niño, niña o adolescente, las personas, privadas o públicas tienen la obligación de procurar, en la medida de lo factible, crearle un entorno propicio a su bienestar ;

16°. Que, es del caso citar el artículo 16 de la misma Convención, cuyo tenor literal es el siguiente: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”. Es del caso que la acusación que se formula a la madre



de los menores afectados por la ruptura matrimonial de sus padres, en la gestión judicial pendiente, basada en el numeral cuarto del artículo 54 de la ley de Matrimonio Civil, pugna con la norma transcrita porque daña la vida privada y la honra de los hijos de la demandada, en términos que aumentan su sufrimiento, situación que la Convención no tolera;

17°. Que, en este orden de cosas tiene lugar el principio del interés superior del niño, el cual tiene que atenderse en todas las decisiones que puedan afectar a los niños de manera de asegurarles un ambiente de paz y tranquilidad que les facilite el desarrollo de su personalidad, por lo que hay que considerar que el bienestar de un niño, tiene directa relación con su entorno familiar en que lleva a cabo su existencia, el que irá marcando su carácter y sus rasgos más característicos.

Desde la perspectiva constitucional cabe reseñar que el Estado debe contribuir a crear las condiciones para que el niño alcance su mayor realización espiritual y material posible, y el precepto legal censurado, aplicado al caso concreto ciertamente produce un efecto contrario de lo dicho, de quedar plasmado en una sentencia judicial;

18°. Que, el legislador al consagrar la disposición legal impugnada no previó los eventuales perjuicios que en su aplicación ella puede generar en los niños en sus derechos fundamentales, porque al instituirse el divorcio vincular se tuvo en vista sólo los intereses de los cónyuges, y no los de su familia, entendida en un sentido estricto, sin reflexionar que si ya un divorcio conlleva efectos devastadores para los hijos, sobre todo si son menores de edad, la causal basada en la conducta homosexual de uno de los cónyuges agrava el dolor de la descendencia;

19°. Que, la norma jurídica cuestionada vulnera también el artículo 19 N°4 de la Carta Fundamental que protege la vida privada de la persona y su familia, garantía que contiene el derecho a la intimidad y que en doctrina del Tribunal Constitucional de España “es un ámbito propio y reservado de las personas, cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una calidad mínima de vida humana” (STCE 231/1988). La Constitución Política al extender la garantía de la vida privada a la familia quiso resguardar a los integrantes de ella de toda intromisión de terceros en su intimidad. Así lo ha entendido en otras ocasiones esta Magistratura en que es “necesario realzar la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y la protección debidas, ese ámbito reservado de la vida, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en la ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro” (STC Rol N°389 C.18).

Así queda de manifiesto al expresar el Comisionado Jaime Guzmán que “el hecho de inmiscuirse en la vida privada de la familia, en las relaciones del esposo con



su esposa o con sus hijos, es entrometerse en una zona de privacidad que siempre debe ser respetada" (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 129ª, p.8). En el caso concreto, aunque los cónyuges hayan judicializado su disenso conyugal, lo que haga que extraños conozcan del mismo, dicha situación no da lugar a que la intimidad de los niños se vea amenazada o perturbada. El círculo de amistades y compañeros de colegio de ellos o cualquier otra persona no tendrían por qué acceder a la realidad familiar, en términos pormenorizados salvo, obviamente, al estado civil de sus padres que en el futuro será de divorciados, pero en lo concerniente a los pormenores del proceso, dichos antecedentes entran en la esfera de intimidad de los niños;

20°. Que, conforme a lo razonado precedentemente, la conducta homosexual de los cónyuges, consagrada como causal de divorcio culpable en el artículo 54 de la ley de Matrimonio Civil, referida al caso considerado se convierte en una disposición que en su aplicación contraviene la Convención de los Derechos del Niño, particularmente el principio de su interés superior y, además, infringe el artículo 19 N°4, dado que se afecta la vida privada de los hijos del matrimonio, en vías de divorciarse;

21°. Que, atendida las circunstancias particulares del caso concreto, donde debe considerarse la situación de los hijos de los cónyuges, y sus derechos constitucionales, este juez constitucional estima que la disposición legal impugnada produce efectos contrarios a la Constitución en su aplicación, en la gestión judicial pendiente, y por consiguiente concurre a acoger la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducida por la Jueza de Familia de Coquimbo.

El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a lo resuelto en orden a acoger el requerimiento formulado teniendo presente únicamente las siguientes consideraciones:

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

1°. Habiendo conocido este Tribunal de impugnaciones referidas a la misma norma en sentencias desestimatorias de inaplicabilidad roles N°s 2435 y 2681, ambas en votación dividida, este Ministro concurre a la declaración de inaplicabilidad teniendo solamente presente las consideraciones que se enuncian en este voto, llamando la atención acerca de que lo que se consigna como parte considerativa de la sentencia no tiene los 6 votos necesarios para ser considerado mayoría del tribunal, ya que acogiéndose la solicitud de inaplicabilidad por 6 votos de 10, tanto el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar como este previniente lo hacen por sus propios y exclusivos fundamentos, cuestión que fue manifestada en la deliberación oportunamente, señalándose que era menester determinar cuáles serían las fundamentaciones



comunes de todos los sentenciadores que estuvieron por acoger el requerimiento.

II. CONSIDERACIONES DE FONDO.

A. De la no discriminación por razones relacionadas con la sexualidad.

2°. Cabe señalar que en materia de no discriminación por razones relacionadas con la sexualidad, el Estado de Chile tiene deberes expresamente declarados por sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre todo *“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”* (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 91).

3°. En este sentido, no puede preterirse que la construcción de la propia vida sexual, en un paradigma de libertad, conciencia y voluntad es parte del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, cuestión que se desarrolla además en la órbita de la vida íntima, todo lo cual se encuentra recogido por el derecho constitucional chileno a partir de la cláusula de la dignidad humana (art. 1), la disposición del propio cuerpo (a partir del derecho a la integridad física, entendido como un derecho de titularidad y disposición exclusiva de la persona en el numeral 1° del art. 19), las garantías de la vida íntima (numeral 4° del mismo artículo) y la libertad personal (numeral 7°), además del derecho a no ser discriminado, en diferencias de trato que resulten arbitrarias (numeral 2° del mismo artículo 19). Cabe mencionar que la libertad sexual es además un bien jurídico protegido en el Código Penal, derivado de la concepción del ser humano dotado de libertad y autodeterminación, estableciendo así los marcos necesarios de sus límites a propósito de la capacidad para comprender y consentir, a lo que se acompaña el elemento de la voluntad.

B. Del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la construcción de la propia vida sexual.

4°. Si bien en el catálogo del artículo 19 de la Carta Fundamental no se encuentra explícitamente recogido el derecho al “libre desarrollo de la personalidad”, no obstante es posible identificar la existencia de cláusulas generales de dignidad



de la persona (art. 1º, inciso primero, y art. 5º, inciso segundo, en relación nuevamente con el art. 1º, esta vez en su inciso cuarto). En este último precepto aparece como elemento intrínseco, en cuanto la primacía de la persona humana, como valor fundamental, nos obliga a concluir que su libre desarrollo personal debe alcanzar la mayor realización espiritual y material posible, a cuyo cometido el Estado debe contribuir creando las condiciones sociales necesarias, con pleno respeto de los derechos y garantías constitucionales. De la misma forma, se garantiza la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada, conjunto de derechos que atribuyen a todo ser humano el poder y la libertad para decidir qué hacer y con quién concretar, de forma libre y consciente, las distintas etapas, momentos y episodios de su vida sexual.

- 5º. Es en ese orden que la construcción de la propia vida sexual dentro de dichos marcos se erige en una esfera de autonomía y no interferencia frente al poder público, que no puede ser interferida ni juzgada por el poder estatal, que en el caso de la norma impugnada utiliza el factor conducta sexual como un estándar de reproche, castigo o repudio. En el mismo orden, el Tribunal Constitucional de Alemania ha razonado que la sexualidad forma parte de la vida privada y que todas las personas tienen derecho a determinar su definición sexual y a establecer relaciones con terceros respetando su libertad y madurez psicológica, según lo establezca la ley (sentencia de la Primera Sala de 21 de diciembre de 1977, en Schwabe, Jürgen (Compilador): Cincuenta años de jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1982, p. 180 y ss).
- 6º. Así, una diferencia de trato legislativo por el ejercicio de opciones o preferencias en materia sexual resulta del todo inconstitucional, en la medida que el poder estatal entonces administra premios, castigos, inhabilidades, sanciones o limitaciones por haberse ejercido un acto de libertad en una esfera de no interferencia, cual es la construcción de la propia vida sexual dentro del libre desarrollo de la personalidad, de la disposición del propio cuerpo y de los límites legítimos que el orden constitucional y penal puede definir para la misma (es decir, con plena capacidad, consentimiento y respeto de la libertad sexual ajena), a lo que se suma que la histórica discriminación a las disidencias sexuales erige a los grupos LGTBI como colectivos históricamente postergados y maltratados.
- 7º. En este sentido, este previniente tiene presente para el presente caso lo razonado por la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol 127.174-2020, en cuanto *“el derecho de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal, al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad. Entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de determinar su identidad de género, siendo el Estado, en su condición de garante -porque, como se dijo “está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”-, el que debe crear las condiciones sociales necesarias “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”, en lo particular, a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual (vid SCS Rol N° 97.283-2020)” (La Corte Suprema confirmó sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, que acoge recurso de protección presentado en contra de colegio y ordena al establecimiento educacional permitir la asistencia de una adolescente transgénero vestida conforma a su identidad de género).

- 8°. Por otra parte, no puede justificarse lo dispuesto por la preceptiva impugnada en un afán de “protección constitucional de la familia” al amparo del artículo 1° de la Constitución, lo que pre supone un errado enfoque binario, dialéctico y antagónico entre el derecho a la identidad sexual y la vida familiar, que además presupone como modelo único de familia al matrimonio heterosexual perpetuo de matriz conceptual judeo-cristiana. En efecto, cabe señalar que la protección constitucional de la familia en el artículo 1° de la Constitución no tiene definiciones, y no podría tenerlas, de la misma forma que el Código Civil chileno no definió que entendería por familia. Claro es que para el derecho, las religiones, las corrientes de la ética, la sicología y la sociología el concepto de la misma puede ser muy dispar, y no puede perderse de vista que “Al enfocar doctrinariamente el término familia, se aprecia tempranamente la ausencia de coincidencia en cuanto a su significado, motivada por la incontrarrestable influencia de criterios restrictivamente disciplinarios o derechamente de naturaleza ideológica, que determinan su construcción conceptual y terminológica. Así, por ejemplo, en la perspectiva jurídica, la familia es asumida como una institución jurídica, vale decir, un complejo de relaciones regidas por normas jurídicas. Sociológicamente, en cambio, se aprecia esencialmente una realidad social, respecto de la cual el Derecho o está ajeno o es accesorio” (DEL PICÓ RUBIO, Jorge. EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA CONCEPCIÓN DE FAMILIA: UNA APRECIACIÓN DE LA INCIDENCIA POSITIVA DE LAS TENDENCIAS DOMINANTES A PARTIR DE LA REFORMA DEL DERECHO MATRIMONIAL CHILENO. Ius et Praxis [online]. 2011, vol.17, n.1 [citado 2021-04-12], pp.31-56. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100003>.), sentido en el cual el derecho se ha dedicado primordialmente a la forma que a veces adopta más que al contenido. Es en este sentido que la protección constitucional de la familia no puede sino ser leída en clave de diversidad y de no discriminación, resultando el deber estatal de dar protección a todas las formas de familia, con pleno respeto a los derechos de las personas, incluyendo el derecho de toda persona a no ser discriminada, de forma tal que interpretar la norma a partir de un concepto decimonónico, único y excluyente de familia es en sí mismo discriminar por exclusión a todas las otras formas de familia.
- 9°. La norma sometida a control establece una regla especial, gravosa, a propósito del divorcio, sus causas y sus efectos, determinando un trato específico de culpabilidad que se establece en función del factor de homosexualidad, siendo irrelevante si es conducta o identidad, pues la identidad sexual es en sí mismo un factor ilegítimo de motivación de una diferencia de trato. En efecto, a partir



de la garantía de igualdad constitucional se *“reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario y que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación”* (Nogueira, Humberto: Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo 2, Librotecnia, Segunda Edición, 2008, p. 223), además de lo cual el derecho fundamental y subjetivo a no ser discriminado arbitrariamente engendra una cuestión de tipo relacional: el examen de igualdad debe siempre realizarse en consideración con otras personas, casos, situaciones u otros derechos fundamentales. Al respecto se ha señalado que: *“La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal) o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones”* (Rubio Llorente, Francisco: La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640), que en este caso sería en la ley el contraste entre *“heterosexual”* y *“homosexual”*, a efectos de los incumplimientos de los deberes maritales, cuestión que parece ser relevante para efectos de evaluar el cumplimiento del deber de fidelidad y su relación con el divorcio.

- 10°. En este sentido, las categorías *“sexo”*, *“identidad sexual”*, *“conducta sexual”* y *“orientación sexual”* corresponden a lo que se denomina como categorías sospechosas de discriminación que inciden en el examen de razonabilidad de una diferencia de trato legislativo. Cuando se recurre a estos factores, se levanta un halo sospechoso, que hace invertir la presunción de constitucionalidad de la ley para verificar un escrutinio estricto de su fundamento, ya que se puede afectar a integrantes de colectivos minoritarios que se consideran más vulnerables en razón de prácticas históricas, sostenidas y constantes de discriminación, como la ha sido desde tiempos inmemoriales con las disidencias sexuales, que incluso han sido criminalizadas y perseguidas hasta el exterminio. Lo anterior exige realizar un examen estricto de razonabilidad de la diferencia de trato, para dar plena vigencia a la proclama constitucional de que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.
- 11°. En efecto, respecto de el examen de constitucionalidad de la norma cuestionada, resulta plenamente predicable lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al propio Estado Chileno, en tanto *“Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”* (Caso Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 124)
- 12°. Que por otra parte, si lo que perseguía la norma era resguardar el deber de fidelidad y establecer su infracción como causal de divorcio, bastaba para ello con la amplia norma del artículo 54, numeral 2°, de la misma Ley de



Matrimonio Civil, que establece otra causal de divorcio culpable, disponiendo como tal la *“transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo y reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio”*. Es decir, no cabe duda que un reiterado *“affaire”*, o una permanente conducta de infidelidad sexual y carnal -de todo tipo- cabe dentro de dicha norma, sea lésbico, homo, bi, trans o heterosexual, en la medida que lo reprochado es la infidelidad, debiendo ser ponderado por el juez del fondo para determinar si constituye o no causal de divorcio, a partir de una norma que además no castiga la pertenencia ni adscripción a disidencia sexual alguna, agregando que resulta difícil concebir una regla protectora más amplia de los deberes de fidelidad del matrimonio que la contemplada en dicha causal. En efecto, dicha norma lo que hace es contrastar los deberes de fidelidad con su incumplimiento, sin discriminar las formas de hacerlo, pues lo relevante es la fidelidad y nada más. Existiendo dicha norma, resulta aún más difícil justificar la existencia de la causal de divorcio culposo de *“conducta homosexual”*, pues su único sentido pasa a ser caracterizar la homosexualidad como un vicio, culpabilizarla, sancionarla y establecer un reproche legal que no es razonable ni proporcional, en relación a la finalidad que el legislador ha manifestado, es decir, acreditar la existencia de una causal de divorcio que signifique una transgresión grave de los deberes del matrimonio, por un motivo imputable a uno de ellos, cuestión que se satisface con la sola acreditación de una infidelidad, más no es necesario que, a través de un acto declarativo, un órgano jurisdiccional utilice como fundamento la condición sexual del requirente para resolver, en tanto existen otras pruebas que, eventualmente, permitirían acreditar la existencia de dicha transgresión.

- 13°. A partir de lo expresado, resulta del todo ocioso e inconcuso discurrir acerca de si la norma busca sancionar *“conductas”* y no *“orientaciones”* ni *“identidades”* en torno a la homosexualidad, pues dicha circular y aparente discusión no anula el hecho de se castigue la homosexualidad, siendo irrelevante si requiere o no notoriedad, difusión ni nada parecido. Resulta entonces inconducente, por ser innecesario, recurrir en este caso a la sicología para pretender diferenciar *“orientación”*, *“identidad”* y *“conducta”*, pues la norma deviene en inconstitucional por el solo hecho de castigar lo relacionado con la homosexualidad.
- 14°. Adicionalmente, no debe olvidarse que la citada sentencia de la Corte Interamericana en el caso Atala Riffo se refirió no solo al caso concreto sub lite, sino al régimen de discriminación de las minorías sexuales en nuestro país, por lo cual señaló expresamente que *“algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI”* (párrafo 267).
- 15°. De tal forma, existiendo el numeral 2° del mismo artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, el precepto impugnado resulta innecesario, y su comprensión autónoma y específica deriva única y exclusivamente en un



repudio sancionatorio a la homosexualidad, que siendo un factor ilegítimo de trato diferenciado, deviene entonces en una norma inconstitucional. Por infringir los artículos primero y 19, numeral 2°, de la Constitución Política.

16°. Este Ministro considera además inconcuso razonar acerca de la pretendida naturaleza del matrimonio heterosexual como posible justificación de la norma impugnada, pues a estas alturas, año 2021, ya han transcurrido aproximadamente 5 años desde que el Estado de Chile y las partes de la Petición 946-12 de la Comisión Interamericana de derechos humanos (Cesar Antonio Peralta Wetzel y otros respecto de Chile), celebraron un acuerdo de solución amistosa en el marco de un conflicto de derechos humanos, iniciado por denuncia presentada en el año 2012, referida a la falta de acceso de tres parejas del mismo sexo al matrimonio civil y al reconocimiento legal de matrimonios contraídos en otros países por parte del Estado de Chile, caso que en su momento fue conocido por este Tribunal en su sentencia de inaplicabilidad Rol N° 1881 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil, en los autos Rol N° 6787-2010, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Oficial de Registro Civil Adjunto).

17°. Cabe señalar que en dicha solución amistosa el Estado reconoció los hechos que motivaron la denuncia de los peticionarios, reconoció la necesidad de perfeccionar la institucionalidad y la legislación para evitar discriminación en contra las personas LGBTI, asumió el compromiso de implementar un proceso de discusión pública que se iniciaría con un acto público que incluyera a representantes de los tres Poderes del Estado y de este mismísimo Tribunal Constitucional, se comprometió a avanzar en la implementación de medidas de no repetición, incluyendo la tramitación legislativa de un proyecto de ley sobre matrimonio igualitario; la adopción de medidas necesarias para impulsar la iniciativa del matrimonio igualitario, la revisión reforma o derogación de los artículos 373 y 365 del Código Penal (respecto de cual este Tribunal conoció y resolvió, más de un lustro después, la inaplicabilidad contenida en la sentencia definitiva Rol N° 3205, cabe señalar que la norma sigue vigente y que en dicha causa no fue declarada inaplicable), con el fin de erradicar toda forma de discriminación por orientación sexual o identidad de género, además del seguimiento de la tramitación del proyecto de ley sobre Identidad de Género (ya vigente). Es decir, el Estado de Chile asumió deberes de derecho internacional en materia de legislación de matrimonio y en otras áreas respecto de la no discriminación por identidad u orientación sexual, la mayoría de los cuales se encuentran pendientes. Es respecto de esos deberes, someramente enunciados precedentemente, que cualquier argumentación que justificare la norma cuestionada en una pretendida exigencia de heterosexualidad para el acceso al matrimonio resultaría contraria al objeto de dicha solución amistosa, en tanto mecanismo de resolución de conflictos de efectos vinculantes en el sistema interamericano de Derechos Humanos.

18°. Adicionalmente, siendo la Constitución una Institución y la protección constitucional de la familia una de sus cláusulas abstractas de mayor apertura



e indefinición, al realizar el ejercicio hermenéutico lo que se interpreta es la “expresión” del ser humano en sus obras -en este caso una constitución- recordando que la historicidad y la temporalidad son dimensiones inherentes a la comprensión, porque la naturaleza del conocimiento humano y del devenir social no es estática sino histórico-evolutiva, y la experiencia -entendida como praxis constitucional en este caso- se realiza en la temporalidad. Además, toda determinación de sentido interpretativo es eminente e ineludiblemente contextual: el todo (el sistema político y la sociedad chilena) le dan sentido a las partes (en este caso de la norma constitucional) y esas partes son las que hacen al todo (la constitución en su sentido integral, configurada como un bloque). Así, el ejercicio hermenéutico del intérprete se encontrará caracterizado, primeramente, por un reconocimiento del acervo histórico del grupo o sujeto de estudio, del cual deberá extraer los principios e ideas fundamentales que permiten su agrupación de una forma organizada, con un proyecto en común. Luego, el intérprete debe realizar una verdadera deconstrucción normativa, a fin de verificar que las normas respondan a la finalidad trazada por dichas ideas matrices y, evaluar los eventuales resultados que generaría una u otra decisión. Proceso que, explicado de una forma extremadamente sintética, sin perjuicio de la objetividad precisada, inevitablemente estará permeado por su marco experiencial.

- 19°. De este modo, y en función de lo antes expuesto, es imposible obviar que las disidencias sexuales han pasado de ser perseguidas, discriminadas y criminalizadas a ser comprendidas como parte de las circunstancias del ser humano, en el marco de un sistema jurídico que hoy les reconoce titularidad específica de derechos fundamentales, en el marco de un proceso evolutivo que muestra hitos de término paulatino de la discriminación, al cual contribuye la presente declaración de inaplicabilidad.
- 20°. Así, tampoco puede perderse de vista la Constitución se interpreta como una institución: una creación del ser humano para satisfacer necesidades sociales que, por lo mismo, es eminentemente dinámica. Al evolucionar las necesidades a satisfacer, se interpreta a la luz de su evolución (historicidad), y de su contexto actual. Porque el texto, en tanto objeto interpretativo, no puede entenderse sin su contexto y porque tal ejercicio hermenéutico se hace para resolver conflictos actuales, por lo que la Constitución no es interpretable sin comprender la actualidad cultural y valórica del mundo en el que está inmersa en el año 2021, debiendo prescindirse entonces de todo pre juicio en la materia sub lite y de todo originalismo interpretativo que retrotraiga a la sociedad chilena y al significado de la norma constitucional a los años 70 u 80 del siglo pasado o a concepciones jurídicas de épocas anteriores a los estándares fijados en el caso Atala Riffo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 21°. Que finalmente, el presente voto podría abordar en mayor profundidad las temáticas planteadas, mas siendo el presente caso un ejercicio de control concreto de constitucionalidad, los fundamentos expresados resultan más que suficientes para concluir que el requerimiento debe ser acogido.



Redactó la sentencia el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO; la disidencia, el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y las prevenciones, los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y RODRIGO PICA FLORES, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 8851-20-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

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

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