



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE ARGUMENTACIÓN

**ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL SOBRE REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD FUNDADOS EN DISCRIMINACIÓN POR
ORIENTACIÓN SEXUAL.**

Memoria para optar al Grado profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Autor: Felipe Nicolás González González

Profesor Guía: Constanza Ihnen Jory

Santiago, Chile

2019

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a todos aquellos sin los cuales, probablemente, ni siquiera hubiese llegado a la educación universitaria: a mis tíos Angélica, Belisario, Eduardo y Fernanda por portarse como padres y madres aunque no tenían por qué, lo que les voy a agradecer siempre; a mi mamá Marcia por inculcarme el esfuerzo y el amor por el saber; y a mi abuela Carmen porque, ya con el trabajo hecho de haber criado cuatro hijos, decidió criar a un nieto como si fuese hijo suyo. Sin ustedes yo no existiría.

Esta tesis no sería posible sin las profesoras Constanza Ihnen y Ana María García, quienes, desde mis primeros años de universidad, con la mejor de las voluntades me han ayudado en todo aquello en que las he necesitado.

Dedico también esta tesis a mi pareja Carlos Osorio por ser un tremendo compañero de vida e inspirarme siempre a ser mejor.

Finalmente, es mi deber dedicar esta tesis a todos aquellos que, desde las bases de la sociedad hasta lo más alto del poder, siguen siendo discriminados por amar.

CONTENIDO

| | |
|--|----|
| RESUMEN: | 1 |
| CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN | 3 |
| 1.1. RIESGO DE ARBITRARIEDAD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | 3 |
| 1.2. ANTECEDENTES..... | 4 |
| 1.3. OBJETIVO DE ESTA TESIS Y METODOLOGÍA | 7 |
| CAPÍTULO 2: INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD Y TEST DE PROPORCIONALIDAD | 9 |
| 2.1 LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD | 9 |
| 2.2 EL TEST DE PROPORCIONALIDAD..... | 11 |
| 2.2.1 DIFERENCIAS ENTRE ALEXY Y CORREA SUTIL | 17 |
| 2.2.2 PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN DE LOS REQUISITOS DEL TEST DE CORREA SUTIL | 18 |
| 2.2.3 PREGUNTAS PENDIENTES | 22 |
| 2.2.4 CATEGORÍAS SOSPECHOSAS DE DISCRIMINACIÓN Y DUPLICIDAD DE TESTS DE PROPORCIONALIDAD..... | 24 |
| CAPÍTULO 3: ESTRUCTURAS NORMATIVAS PARA JUSTIFICAR LA DECISIÓN DE RECHAZAR REQUERIMIENTOS POR INAPLICABILIDAD BASADOS EN UNA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY | 35 |
| 3.1. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS | 35 |
| 3.2. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS NORMATIVAS..... | 37 |
| 3.3. ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA DECISIÓN DE RECHAZAR UN REQUERIMIENTO | 38 |
| 3.4. PREMISAS DATO Y PREMISAS GARANTÍA | 39 |
| 3.5. ACEPTABILIDAD, RELEVANCIA Y SUFICIENCIA..... | 40 |
| CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE SENTENCIAS | 43 |
| 4.1. SENTENCIA ROL N° 1683-2010 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 4 DE ENERO DE 2011, SOBRE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL..... | 43 |
| 4.1.1. ESTRUCTURA | 44 |
| 4.1.2. ANÁLISIS | 47 |
| 4.2. SENTENCIA ROL N° 1.881-10-INA, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL..... | 61 |
| 4.2.1 VOTO DE LOS MINISTROS VENEGAS, NAVARRO Y ARÓSTICA | 62 |

| | |
|---|------------|
| 4.2.2 VOTO DEL MINISTRO RAÚL BERTELSEN REPETTO..... | 68 |
| 4.2.3. VOTO CONCURRENTENTE DE LA MINISTRA MARISOL PEÑA..... | 74 |
| 4.3. SENTENCIA ROL N° 2.681-14-INA, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2014, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL NÚMERO 4° DEL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL..... | 75 |
| 4.3.1. ESTRUCTURA | 76 |
| 4.3.2. ANÁLISIS..... | 78 |
| CAPÍTULO 5. OBSERVACIONES EMPÍRICAS A LA LUZ DE LA MUESTRA: ¿HAY OTRAS FORMAS ACEPTABLES DE ARGUMENTAR? ¿OTROS REQUISITOS A CONSIDERAR? | 89 |
| 5.1. ARGUMENTOS DIRIGIDOS A PROBAR LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD | 89 |
| 5.1.1. LA RESERVA LEGAL | 89 |
| 5.1.2 LA IMPUGNACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO COMPLEJO..... | 92 |
| 5.2. ARGUMENTACIÓN DESTINADA A PROBAR LA IRRELEVANCIA DE DETERMINADAS JUSTIFICACIONES DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD | 93 |
| 5.2.1 INCONSTITUCIONALIDAD “EN CONCRETO” Y “EN ABSTRACTO” | 94 |
| 5.3. ARGUMENTACIONES SIN RELACIÓN CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD.. | 99 |
| 5.3.1. INSTITUCIÓN JURÍDICA Y REALIDAD SOCIAL..... | 99 |
| 5.3.2. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES ESENCIALES DE UNA INSTITUCIÓN | 101 |
| CAPÍTULO 6.: CONCLUSIONES | 103 |
| 6.1. ARBITRARIEDAD DE LAS SENTENCIAS | 103 |
| 6.1.1. SENTENCIA ROL N° 1683-2010 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 4 DE ENERO DE 2011, SOBRE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL..... | 103 |
| 6.1.2. SENTENCIA ROL N° 1.881-10-INA, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL..... | 105 |
| 6.1.3. SENTENCIA ROL N° 2.681-14-INA, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2014, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL NÚMERO 4° DEL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL..... | 106 |
| 6.2. PROPUESTAS..... | 109 |
| 6.2.1. ¿CÓMO SE RESUELVE UN REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY? | 109 |

| | |
|--|------------|
| 6.2.2. ¿QUÉ TEST SE APLICA? | 110 |
| 6.2.3. ¿SOBRE QUÉ SE APLICA? | 111 |
| 6.2.4. ¿QUÉ ARGUMENTACIONES RESULTAN GENERALMENTE INAPROPIADAS PARA PROBAR LOS REQUISITOS DEL TEST? | 111 |
| 6.2.5. ¿QUÉ ARGUMENTACIONES RESULTAN GENERALMENTE APROPIADAS PARA PROBAR LOS REQUISITOS DEL TEST? | 112 |
| 6.2.6. ¿QUÉ PODEMOS DECIR DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SENTENCIAS ANALIZADAS? | 113 |
| 7. BIBLIOGRAFÍA | 115 |

RESUMEN: No es novedad afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen normas homofóbicas y tampoco es novedad criticar las sentencias del Tribunal Constitucional que afirman la conformidad de estas normas con nuestra carta fundamental. Esta tesis pretende ir un paso más allá al sostener que el Tribunal Constitucional sistemáticamente incumple los criterios jurídicos-argumentativos que permiten justificar las sentencias que recaen en requerimientos de inaplicabilidad, cuando el motivo que se alega es la discriminación en función de la orientación sexual. Con este fin, esta tesis enuncia, explica y sistematiza estos criterios para luego comprobar su errónea aplicación (o falta de aplicación) mediante un análisis argumentativo de un grupo representativo de dichas sentencias. Esta tesis finalmente propone un método de justificación y análisis de sentencias que recaen en requerimientos de inaplicabilidad fundados en la vulneración del derecho de igualdad ante la ley, en especial cuando están fundados en discriminación por orientación sexual, sin desmedro de que el método pueda tener utilidad general.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional, test de proporcionalidad, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acción de inconstitucionalidad, igualdad ante la ley, discriminación por orientación sexual, categorías sospechosas de discriminación, estructuras argumentativas, aceptabilidad, relevancia, suficiencia.

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

1.1. RIESGO DE ARBITRARIEDAD EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las facultades del Tribunal Constitucional, contenidas en el artículo 93 de la Constitución Política de la República son muchas y muy relevantes.¹ Con todo, probablemente la facultad ejercida con mayor recurrencia por el Tribunal Constitucional sea la contenida en el numeral 6° del artículo 93: “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Esta facultad implica que una norma, en principio aplicable a dos causas pendientes, sea declarada inaplicable para una de ellas, no pudiendo ser utilizada por el juez de la causa en su sentencia, mientras que en la otra causa siga siendo aplicable y usada por el juez respectivo². Haber declarado la inaplicabilidad de una norma es tan importante que habilita al Tribunal Constitucional para ejercer la facultad contenida en el numeral 7° del artículo 93: “Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”. Mediante el ejercicio de esta facultad, el Tribunal Constitucional puede expulsar del ordenamiento jurídico una norma que ha sido aprobada por el Congreso.

Mi objetivo en esta tesis es demostrar que la facultad de resolver la inaplicabilidad de preceptos legales ha sido aplicada arbitrariamente en todos los casos que involucran la igualdad ante la ley, relativos a la discriminación por orientación sexual. Para demostrarlo propongo, en primer lugar, un conjunto de criterios jurídicos-argumentativos para

¹Por ejemplo, resolver las cuestiones de constitucionalidad de leyes interpretativas de la Constitución, de autos acordados emanados de los tribunales superiores, de proyectos de ley, de proyectos de reforma constitucional, de tratados internacionales, de decretos con fuerza de ley, de convocatorias a plebiscito, etc.

²Supongamos por ejemplo, que dos personas cometen el mismo delito, que lleva asociado una pena de 10 años de cárcel. El abogado de uno de ellos ejerce una acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional para declarar inaplicable a la causa penal a que está sometido su cliente el artículo que tipifica el delito que se le imputa. El abogado del otro imputado no ejerce esta acción. El Tribunal Constitucional declara inaplicable el artículo que fue sometido a su conocimiento, de tal manera que el imputado que accionó de inaplicabilidad no recibe pena alguna, y el que no, es declarado culpable y pasa 10 años en la cárcel.

determinar si un precepto vulnera una norma constitucional en un caso particular. En segundo lugar, aplico esos criterios a una muestra representativa de sentencias relativas a la discriminación por orientación sexual, para luego, y en último lugar, proponer un diagnóstico que identifica los criterios que no está cumpliendo el tribunal al ejercer su facultad. Los criterios propuestos consisten en una versión sistematizada y complementada del *test de proporcionalidad* descrito por el profesor Correa Sutil (2011) para juzgar cuándo el derecho de igualdad ante la ley es efectivamente vulnerado, test que a su vez encuentra su fuente principal en el test de proporcionalidad de Alexy (2009). El resultado de este ejercicio es un diagnóstico que muestra que el Tribunal Constitucional no es constante ni claro en su utilización del test de proporcionalidad, y que, cuando lo adopta, a veces lo hace incorrectamente. Esto genera un marco jurisprudencial débil y contradictorio, incrementando así el riesgo de arbitrariedad en decisiones futuras del tribunal, en casos relativos a conflictos que involucran discriminación por orientación sexual.

1.2. ANTECEDENTES

Varios autores han reparado ya en la arbitrariedad de las decisiones del Tribunal Constitucional en materia de derechos de las personas homosexuales.

Bascuñán ha criticado fuertemente la sentencia ROL 1683-10-INA del Tribunal Constitucional, que resuelve un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, artículo que sanciona ciertas relaciones sexuales homosexuales entre un hombre mayor de edad y uno menor de 18 años y mayor de 14, mientras que análogas relaciones entre personas de distinto sexo e incluso entre dos mujeres son impunes. Señala Bascuñán (2011) que el voto de mayoría considera a la penetración anal como un acto intrínsecamente degradante para quien recibe la penetración, y que dicha consideración “obviamente hace suya una representación cultural arraigada desde la antigüedad, conforme a la cual el rol pasivo en el coito es incompatible con la masculinidad” (p. 128), y que, por tanto, “[i]mplica subordinar el reconocimiento de la dignidad humana a la conformidad con un estereotipo” (pp. 128-129). Afirma Bascuñán que si eso no es discriminación, entonces nada lo es. La reflexión que realiza el autor sobre esta forma de pensar es que “puede que los suscriptores del voto de mayoría compartan

sinceramente ese prejuicio, pero su decisión debe basarse en razones constitucionales y no en la expresión de sus estados mentales” (p. 129).

Respecto de la misma sentencia, Bascuñán (2011) afirma que, además de considerar el rol pasivo en el coito como esencialmente degradante, el voto de mayoría asume que dicho rol es esencialmente dañino para el menor. Inmediatamente, el autor afirma que

lo más notable del voto de mayoría, sin embargo, se encuentra en la indefinición del resultado perjudicial para el menor. ¿Cuál es ese daño? El intérprete de la sentencia tiene dos opciones: concluir que el daño es la misma homosexualidad o constatar que no hay descripción alguna del daño cuya evitación justificaría la prohibición. O sea, o bien el Tribunal Constitucional incurre en discriminación por razón de orientación sexual, o bien valida una prohibición penal que carece de fin de protección (p. 129).

De estos fundamentos del voto de mayoría que Bascuñán considera como abiertamente discriminadores y arbitrarios, saca la siguiente conclusión:

ni siquiera la facción más conservadora de la cultura jurídica chilena, atrincherada en el Tribunal Constitucional, se considera habilitada para apelar abiertamente a un discurso condenatorio de la homosexualidad. Es cierto que ese discurso domina la decisión de la mayoría del tribunal, apenas encubierto por consideraciones pseudo-naturalistas. Pero el mismo hecho de ese encubrimiento es significativo. Los tiempos han cambiado. Ya no es el amor sino el prejuicio el que no se atreve a decir su nombre (Bascuñán, 2011, p. 136).

Hay otros autores que han criticado firmemente la misma sentencia del Tribunal Constitucional por los mismos motivos. Por ejemplo, Cisternas (2011) afirma que el considerar el rol pasivo en el coito como esencialmente dañino para el menor responde a un claro sesgo homofóbico, y que ello

evidencia en esta materia una absoluta desvinculación entre los principios que infunden la CPR y el Derecho penal, en cuanto a la necesidad y fines del mismo, cuestión que redundará, finalmente, en la violación del derecho del imputado a la privacidad, al libre desarrollo de su personalidad y a la igualdad ante la ley (p. 183).

La sentencia mencionada no ha sido la única criticada por análogos motivos. Vial y Del Pino (2015) analizan las sentencias ROL 2435-14-INA y 2681-14-INA, que rechazan sendos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del número 4º del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, norma que establece la “conducta homosexual” como causal del llamado “divorcio por culpa”. Respecto de estas sentencias afirman:

la conclusión a la que se llega es que la mayoría del Tribunal (...), realizó una errónea aplicación del test de discriminación arbitraria y que tal error se puede explicar porque para esa mayoría la orientación homosexual no posee, respecto de la heterosexualidad, igual valor ni protección ante la Constitución (p. 261).

Como expresan los autores citados, las críticas a estas sentencias del Tribunal Constitucional en que éste declara constitucionales normas que establecen una situación jurídica perjudicial para personas homosexuales respecto de las heterosexuales, no se basan tanto en acusar errores jurídicos como en acusar la influencia de las posiciones personales de los jueces de dicha magistratura en sus sentencias. Como he dicho antes, sostengo que este riesgo de arbitrariedad del Tribunal Constitucional se da por la deficiente forma en que su jurisprudencia ha configurado y aplicado un test de proporcionalidad para resolver conflictos que involucren derechos fundamentales y otros principios constitucionales, pues donde no hay criterios o métodos de decisión claros, es más probable que las ideas políticas y morales de los jueces llenen el vacío que estos dejan.

A esta doctrina crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre discriminación por orientación sexual, esta tesis aportará de las siguientes formas:

- a) Elaboración de un análisis exhaustivo de una muestra representativa de las sentencias del Tribunal Constitucional, relativas a requerimientos de inaplicabilidad

por inconstitucionalidad fundados en discriminación por orientación sexual. Dicha muestra contempla no sólo sentencias relativas al artículo 365 del Código penal y el número 4 del artículo 54 de la ley de Matrimonio Civil, sino también una sentencia sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil.

- b) Establecimiento de criterios generales unificados para el análisis crítico de estas sentencias, lo cual permite hacer un diagnóstico general para identificar los problemas de dicha jurisprudencia, que van más allá de los prejuicios.
- c) Los criterios establecidos y el diagnóstico realizado en base a ellos pueden potencialmente guiar en la formulación de sentencias futuras o al menos para realizar análisis críticos de sentencias futuras de la misma naturaleza.

1.3. OBJETIVO DE ESTA TESIS Y METODOLOGÍA

El objetivo de esta tesis es demostrar que el Tribunal Constitucional no cumple con todos los criterios jurídicos-argumentativos necesarios para determinar si un precepto vulnera una norma constitucional, específicamente en casos donde se alega discriminación por orientación sexual.

Para lograr dicho objetivo, será necesario primero definir cuáles son esos criterios. El capítulo 2 cumple con ese propósito. Luego de exponer en mayor detalle en qué consiste la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (sección 2.1), se describe el test de proporcionalidad según Alexy y Correa Sutil (sección 2.2 y 2.2.1), para luego proponer una sistematización de los componentes de dicho test (sección 2.2.2) y responder a una serie de preguntas pendientes que sugiere el test, a partir de lo que nos enseña la jurisprudencia comparada (secciones 2.2.3 y 2.2.4).

En el capítulo 3 se diseña una herramienta para analizar, a la luz de los criterios normativos establecidos, las argumentaciones esgrimidas en las sentencias que componen la muestra. Esta herramienta consiste en una estructura normativa, la cual representa cómo debería ser idealmente la argumentación de un tribunal que tiene por objeto fundamentar la decisión de rechazar un requerimiento por inaplicabilidad (sección 3.3). Antes de presentar dicha herramienta se explica en qué consiste, desde la perspectiva de la teoría de la

argumentación, una estructura argumentativa (sección 3.1) y en particular una de carácter normativo (sección 3.2). Por último, en el mismo capítulo se exponen herramientas desarrolladas en la teoría de la argumentación que resultan útiles para el análisis y la evaluación de los argumentos esgrimidos por el tribunal para justificar el cumplimiento del test de proporcionalidad (sección 3.4 y 3.5).

En el capítulo 4 se aplica las herramientas a un corpus de tres sentencias el Tribunal Constitucional que recaen sobre requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas que, a juicio de las requirentes, vulneran el derecho de igualdad ante la ley en razón de la orientación sexual homosexual. Estas son las sentencias ROL 1.683-10-INA, sobre el artículo 365 del Código Penal (sección 4.1), ROL 1.881-10-INA, sobre el artículo 102 del Código Civil (sección 4.2), y ROL 2.681-14-INA, sobre el número 4ª del artículo 54º de la Ley de Matrimonio Civil (sección 4.3). Sólo sobre estas normas se han interpuesto requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fundados en discriminación legal por orientación sexual, y si bien existen otras sentencias, estas son las más completas. Así, sobre el artículo 365 del Código Penal también se pronunció recientemente la sentencia ROL 3.205-17-INA, y sobre el número 4º del artículo 54º de la Ley de Matrimonio Civil también se pronunció con anterioridad la sentencia ROL 2.435-13-INA. Sin embargo, ambas contienen los mismos argumentos que aquellas que analizaré en esta tesis, una porque es posterior y se remite a la anterior, la otra porque, siendo anterior, sus argumentos son más largamente desarrollados en la posterior. En este sentido, la muestra es representativa de la totalidad de sentencias relativas a la discriminación por orientación sexual.

En el capítulo 5 se argumenta que, si bien algunas sentencias contienen otros argumentos distintos de los que contiene un test de proporcionalidad, estos tampoco logran justificar adecuadamente la decisión de rechazar los requerimientos de inaplicabilidad.

Finalmente, en el capítulo 6, se sintetizan las principales falencias de las sentencias a la luz del análisis propuesto (sección 6.1) y se ofrece un diagnóstico sobre cómo resuelve el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por vulneración del derecho ante la igualdad ante la ley en casos de discriminación por orientación sexual (sección 6.2).

CAPÍTULO 2: INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD Y TEST DE PROPORCIONALIDAD

En este capítulo explicaré la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, describiré el test de proporcionalidad según Alexy y Correa Sutil, para finalmente proponer una sistematización de sus componentes y resolver algunos problemas pendientes, usando como base la jurisprudencia comparada.

El objetivo de lo anterior es dilucidar cuáles son los parámetros concretos que el Tribunal Constitucional debe seguir para resolver un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fundado en discriminación por orientación sexual, de tal forma que en capítulos posteriores pueda demostrar que éste ha fallado arbitrariamente en tales casos.

2.1. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 93 de la Constitución Política de la República establece como atribuciones del Tribunal Constitucional:

6°.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución; y

7°.- Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

La facultad contenida en el número 6 se ejerce mediante lo que la doctrina ha llamado “acción o requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, y la contenida en el número 7 por la “acción de inconstitucionalidad propiamente tal”.

El requerimiento (o acción) de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en palabras del propio Tribunal Constitucional:

[i]nstituta un proceso dirigido a examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, la inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas, que naturalmente se encuentran vigentes mientras no conste su derogación, que hayan sido invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la causa en que inciden (Tribunal Constitucional, ROL679-06, de 26 de diciembre de 2007, considerando cuarto).

Este requerimiento “permite al Tribunal Constitucional ejercer un control concreto de constitucionalidad. Concreto porque es la aplicación del precepto legal, que se estima contraria a la Constitución, la que autoriza para ejercer la acción” (Filloy & Soto, 2010, p. 15). En otras palabras, la declaración de inaplicabilidad requiere un análisis de constitucionalidad “en concreto”, lo que implica estudiar si la aplicación de la norma (y no necesariamente la norma misma) es inconstitucional.

Por otro lado, tenemos la acción de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional ha señalado que en esta acción “el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular” (Tribunal Constitucional, ROL 558-06, de 5 de junio de 2007, considerando quinto). A este nivel de constitucionalidad se lo suele denominar constitucionalidad “en abstracto”.

La diferencia entre ambos niveles de análisis es especialmente importante para esta tesis pues, como expresé en la introducción, el objetivo de este trabajo es demostrar que el Tribunal Constitucional ejerce arbitrariamente su facultad de resolver requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas que se impugnan por discriminar a personas con orientaciones sexuales homosexuales, y parte de las sentencias analizadas utiliza la diferencia entre inconstitucionalidad “en concreto” y “en abstracto” para justificar su decisión de rechazar el requerimiento de su competencia, mientras que otra parte, en similares condiciones, no lo hace. Sobre esto volveremos en el capítulo 5 de esta tesis con el fin de evidenciar la inconsistencia de criterios en el Tribunal Constitucional y determinar

cuál de los dos (contradictorios entre sí) es el apto para la resolución de este tipo de asuntos.

2.2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

El profesor Jorge Correa Sutil (2011) ha señalado cinco elementos que conforman un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al juzgar cuándo el derecho de igualdad ante la ley es efectivamente vulnerado. Estos elementos son:

- 1) El trato diverso debe fundarse en diferencias fácticas objetivas y relevantes.
- 2) El trato diverso no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; la diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados.
- 3) La finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita.
- 4) La distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción.
- 5) El trato diverso debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables (p. 106).

Tal como señala el mismo autor (2011), estos criterios no son originales de nuestro Tribunal Constitucional, sino que provienen de jurisprudencia extranjera.

El TC, siguiendo en esto una tendencia prácticamente universal en los países que cuentan con sistemas de control constitucional de la ley, somete las diferencias de trato que ella puede hacer a un examen de proporcionalidad. La categoría tiene raíces históricas antiguas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y ha sido modernamente formulada por Robert Alexy, al sistematizar criterios aplicados por el Tribunal Constitucional alemán en la segunda mitad del siglo pasado (p. 114).

Para comprender dichos criterios, es importante tener en cuenta que la forma en que una norma inferior puede infringir una norma constitucional depende del tipo de norma constitucional en cuestión. Según Alexy (2009),

Las Constituciones democráticas modernas contienen dos tipos o categorías de normas. A la primera pertenecen las que constituyen y organizan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, es decir el Estado; aquí lo central es la atribución de poder (*Ermächtigung*). En la segunda se incluyen las que limitan y dirigen el poder estatal; aquí deben nombrarse primeramente los derechos fundamentales (p.3).

En principio, podríamos decir que en nuestra Constitución, por regla general, el segundo tipo de normas se encuentra ubicado en los capítulos I (Bases de la Institucionalidad) y III (De los Derechos y Deberes Constitucionales), mientras que el primer tipo se encuentra en el resto de los capítulos (Gobierno, Congreso Nacional, Poder Judicial, etc.). Como un ejemplo de las normas de primera categoría tenemos el artículo 54 número 1) inciso 6° de la Constitución, que establece que “Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él”. Si el Congreso se atribuyese a sí mismo dicha facultad mediante una ley, dicha atribución legal sería manifiestamente contradictoria con aquella constitucionalmente determinada, y por lo tanto dicha ley sería inconstitucional. Como un ejemplo de las normas de segunda categoría tenemos el artículo 19 número 1° inciso 2° de nuestra Constitución, que dispone “La ley protege la vida del que está por nacer”. ¿Una ley que permita la interrupción voluntaria de la vida del que está por nacer es inmediatamente inconstitucional, tal como una que atribuyera a una autoridad del Estado distinta del Presidente de la República la facultad de denunciar un tratado o retirarse de él? El Tribunal Constitucional, ejerciendo su atribución de resolver cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley, consagrada en el artículo 93 número 3° de la Constitución, respecto del proyecto que crea la ley 21.030, que despenaliza el aborto en 3 causales (causales que declaró constitucionales), señaló:

Es necesario tener presente que los derechos fundamentales no se conciben o consagran, ni pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado, desde luego y en

primer lugar, porque ellos encontrarán siempre un límite natural en el o los derechos de los otros, y, en segundo lugar, por las limitaciones o restricciones establecidas por la propia Constitución o por la ley siempre que no afecten el contenido esencial de tales derechos, según consta en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución. Tal es así que incluso respecto del propio derecho a la vida la Constitución autoriza al legislador a establecer con exigencias de quórum agravado, la pena de muerte en contra de una persona, aunque en la actualidad está prácticamente derogada en casi todo el ordenamiento jurídico, mas no abolida aún. Del mismo modo que el legislador penal establece causales de exculpación y de justificación en determinados delitos contra las personas, por ejemplo en situaciones de legítima defensa o estados de necesidad (Tribunal Constitucional, ROL 3729(3751)-17, de 28 de agosto de 2017, considerando trigésimosegundo).

Podemos ver de inmediato una diferencia entre las normas constitucionales que atribuyen poderes y aquellas que limitan y dirigen el poder estatal: las primeras son vulneradas inmediatamente por una norma inferior que radique el poder de forma diferente; las segundas no son vulneradas inmediatamente por normas inferiores que dirijan el poder estatal en dirección contraria, requisitos adicionales parecen ser necesarios.

Alexy nos da luces respecto de cómo se explica esta característica especial de las normas que limitan y dirigen el poder del Estado. En palabras de Atienza (2010), “Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo deba realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes)” (p. 3). Esta idea nos permite entender por qué la determinación de la vulneración de las normas constitucionales que limitan y dirigen el poder del Estado tiene una dificultad mayor a la de las normas constitucionales que atribuyen poderes: las primeras pueden entrar en conflicto con otras de la misma categoría. Utilizando nuevamente como ejemplo la cuestión de constitucionalidad sobre el proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales, para demostrar su inconstitucionalidad, no basta con que sus detractores señalen que “la ley protege la vida del que está por nacer”. Deben demostrar, además, que frente a otras normas que dirigen el poder estatal en sentidos distintos, tal como el artículo 1 inciso 1º de la Constitución, que

dispone que la Constitución asegura a todas las personas “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica” (mediante el cual los promotores del proyecto sostienen la prevalencia del bienestar de la madre violada, o de aquella cuya vida corre peligro, o de aquella que lleva un embarazo inviable), la protección de la vida del que está por nacer, en los particulares casos de las tres causales de aborto que el proyecto despenaliza, prima frente a vida, la integridad física y psíquica de la madre (según sea el caso). Una cuestión de constitucionalidad, por tanto, donde entran en juego normas que dirigen y limitan el poder estatal, entendidas como principios, se debe resolver “ponderando” los principios en conflicto, para determinar el que prima en el caso particular, desplazando a los demás, cuestión que Alexy recoge expresamente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

Por supuesto, una teoría que sostiene que los derechos fundamentales (o la afectación de aquellos) deban ser “sopesados” por los jueces, no podía ser pacífica. Habermas (2010) fue el artífice de las dos críticas clásicas a la teoría de la ponderación. Una de ellas consiste en que la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios, crítica que se sustenta en que, a diferencia de las reglas jurídicas, cuyas antinomias pueden resolverse más o menos fácilmente mediante la utilización de criterios como el de jerarquía, especialidad y temporalidad, los derechos fundamentales no cuentan con criterios jurídicos evidentes para sostener que uno de ellos “es más importante que otro”, o que determinada afectación de uno “es más grave” que determinada afectación de otro. Así las cosas, Habermas sostiene que la ponderación no puede ser sino un procedimiento dependiente de la arbitrariedad judicial. La segunda crítica consiste en que, dada la crítica anterior, la sentencia, como mucho, puede ser considerada como un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta.

El propio Alexy (2009) explica esta segunda crítica de la siguiente manera:

La segunda objeción se trata de un problema conceptual. Habermas afirma que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que

sería definido por representaciones ideales (*Vorstellung*) como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad (p. 7).

Alexy ha defendido la ponderación de estas críticas, encontrando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán un procedimiento racional (al menos desde su punto de vista) para efectuar una ponderación de derechos fundamentales. Este procedimiento consiste en el llamado “principio de proporcionalidad”, que, en palabras de Barnes (1994), es aquél

principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser ‘susceptible’ de alcanzar la finalidad perseguida, ‘necesaria’ o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y ‘proporcional’ en sentido estricto, es decir, ‘ponderada’ o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades (p. 500).

La idea anterior, veremos, es de fundamental importancia práctica para nuestro sistema jurídico. Atienza (2010) sostiene que

la técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos –especialmente, en cortes supremas y tribunales constitucionales, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy que, a su vez, pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad (p. 3).

No cabe duda de que nuestro Derecho nacional no se escapa de esa tendencia. García (2011) afirma que “el principio de proporcionalidad –también denominado prohibición del exceso y que ha sido entendido como un mandato de optimización–, ha sido aceptado por la

doctrina nacional y por la jurisprudencia contemporánea del Tribunal Constitucional chileno” (p. 104).

García mismo (2011) no duda en defender la utilidad del principio de proporcionalidad (llamado también “test de proporcionalidad” por algunos autores). El autor sostiene que

en efecto, el uso de *tests*, parámetros o estándares de control judicial generan diversos beneficios sociales. En primer lugar, se trata de buscar un control más objetivo por parte de los jueces, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Ello potencia decisiones basadas en razonamientos jurídicos más que el uso desmedido de citas y de argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propios de nuestro sistema continental. Segundo, y estrechamente vinculado con lo anterior, ello eleva notoriamente la fundamentación y calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir *accountability* a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa. Tercero, generan niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados sus actos *ex ante*. Ello contribuye, además, a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del regulador (p. 102).

Para este autor, sin duda, las críticas de Habermas a la ponderación son respondidas por Alexy (al menos la primera de ellas) mediante la sistematización del test de proporcionalidad, es decir, que gracias a dicho test, existe un parámetro que permite ejecutar la ponderación de manera racional, minimizando las posibilidades de intervención de la arbitrariedad judicial en las cuestiones constitucionales que involucran derechos fundamentales y otros principios constitucionales.

He de adelantar desde ya que no comparto el optimismo de García. En palabras de Correa Sutil (2011):

Ciertamente la densidad conceptual no basta para dejar de navegar en el mar de la tautología y pasar a habitar en las aguas de un derecho común, de significado intersubjetivo que limite y controle la arbitrariedad de los que ejercen poder, incluyendo a los jueces. Para ello, sería necesario también (...) que los tribunales apliquen con rigor sus propias doctrinas y las mantengan en el tiempo, si no inmóviles, al menos con un alto grado de permanencia y con variaciones escasas y bien explicadas (p. 67).

2.2.1. DIFERENCIAS ENTRE ALEXY Y CORREA SUTIL

Cabe preguntarnos ahora, ¿qué diferencia a la sistematización de los criterios de nuestro Tribunal Constitucional que efectúa Correa Sutil de aquellos sistematizados por Alexy? Antes que todo hay que señalar que, a diferencia de los cinco elementos que hemos tomado del profesor Correa Sutil, el test de proporcionalidad cuya sistematización se atribuye a Alexy no se refiere en específico a los juicios sobre vulneración del derecho de igualdad ante la ley, sino a la aplicación de cualquier principio, y especialmente de los derechos fundamentales. El profesor Manuel Atienza (2010) lo señala de la siguiente manera:

Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del Derecho) los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico (p. 3).

En palabras del propio Alexy (2009), el principio de proporcionalidad “se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto” (p. 9).

Respecto del principio de adecuación, Alexy señala que éste “excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven” (p. 9). Sobre el principio de necesidad, señala que éste “requiere elegir, de entre dos medios que promueven [un principio] de

prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en [otro principio]” (p.9). Por último, respecto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, exige que “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro” (p. 9).

Atienza (2010) expresa la misma idea de una forma que puede ser más simple:

El principio de proporcionalidad consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas (p. 3).

El test de proporcionalidad de Alexy es un test aplicable a todo conflicto de derechos o principios, y el identificado por Correa Sutil en las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, es aplicable, específicamente, a aquellos conflictos en que uno de los principios en pugna es el derecho de igualdad ante la ley. Los requisitos 4) y 5) (según Correa Sutil) de la justificación de una afectación al derecho de igualdad ante la ley se condicen exactamente con el test de proporcionalidad de Alexy, pero el lector habrá notado que el resto de los elementos no son tan fáciles de homologar. Analizaré ahora la justificación de esas diferencias y sistematizaré los requisitos del test de proporcionalidad según los méritos de aquellas.

2.2.2. PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN DE LOS REQUISITOS DEL TEST DE CORREA SUTIL

Respecto del requisito 1) “el trato diverso debe fundarse en diferencias fácticas objetivas y relevantes”, cabe notar que sólo tiene sentido en un conflicto en que uno de los principios en pugna es el derecho de igualdad ante la ley. Correa Sutil (2011, p. 111) señala que “en

general, los fallos no explican lo que este requisito de objetividad significa con precisión”, pero que algunos “(...) lo aplican razonadamente, ayudando así a determinar su sentido y alcance”, y que de aquellos

puede colegirse que lo que exige este requisito es que las situaciones a las que la ley atribuye consecuencias diversas o de las que sigue consecuencias jurídicas dispares sean fácticamente distinguibles según características relevantes que resulten reconocibles por cualquier observador imparcial.

El propio autor señala que “lo que importa retener es que, conforme a este primer criterio, la Constitución exige que una desigualdad de trato legislativo se funde en diferencias fácticas apreciables y relevantes que refieran a conductas y situaciones y no a personas determinadas”.

A mi juicio, que las diferencias sean objetivas es un requisito perfectamente distinguible del que sean relevantes, por lo que cada uno de esos dos aspectos será analizado aquí por separado. Respecto de la objetividad, me parece de todo sentido que se exija, pues si el fin de una línea jurisprudencial es dotar de seguridad jurídica a normas insuficientemente específicas (para lograr esa seguridad) en la letra de la ley, el que un presupuesto de la decisión del Tribunal sea subjetivo (distintos observadores puedan legítimamente discrepar si concurre o no debido a la ambigüedad de su formulación) atenta directamente contra esa seguridad. Un ciudadano no tendría (jurídicamente) cómo predecir la sentencia del juez frente a un caso particular. Respecto de la relevancia el asunto es distinto, y no quiero decir con esto que dicha característica de la diferencia no deba exigirse, sino que me parece ya exigida en los requisitos 4) y 5) del test de Correa Sutil. En efecto, si el trato diferenciado a casos que se distinguen por una determinada diferencia objetiva es adecuado y necesario para la obtención de un fin legítimo, y dicho trato diferenciado no produce consecuencias desproporcionadas, entonces me parece que la diferencia entre ambos casos es evidentemente relevante. Ni en el texto citado del profesor Correa Sutil ni en la jurisprudencia en que este se basa hay indicio alguno respecto a un contenido diferenciado entre la “relevancia” de la diferencia y los dos últimos requisitos del test.

Respecto del requisito 2), “el trato diverso no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; la diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados”, me parece que puede subsumirse en el requisito 3), “la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita”. Correa Sutil (2011) señala que

lo esencial [del requisito 2] consiste en exigir que el criterio de clasificación que funda la diferencia legal sea sometido a un examen ético, según valores generalmente aceptados, de modo de poder detectar y cuestionar aquellas diferencias típicamente motivadas por prejuicios hostiles enquistados en grupos dominantes en contra de aquellos más vulnerables de la sociedad, particularmente cuando ellos se hacen radicar en características adscritas o en opciones impopulares, pero que deben estimarse como legítimas desde el punto de vista de la libertad individual (p. 114).

La reflexión que me cabe es que si una diferencia de trato establecida por la ley se encuentra motivada por prejuicios hostiles enquistados en grupos dominantes en contra de los más vulnerables de la sociedad, o no resiste un examen ético según valores generalmente aceptados, entonces la conclusión a la que necesariamente llegamos es que la finalidad que se persigue al hacer la diferencia no es lícita o legítima, de tal manera que el requisito 2) vendría exigiendo que en el caso particular de la norma impugnada no concurra una hipótesis particular de “fin ilegítimo”, y por lo tanto, si bien ayuda a comprender el requisito 3), se subsume en él, sin agregar nada a lo que en dicho requisito ya se exige.

Respecto del requisito 3), “la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita”, no es uno que se encuentre independientemente en la sistematización de Alexy, pero se encuentra incluido en los elementos de su test. En efecto, el test de proporcionalidad es uno para resolver conflictos *entre principios*, y es por esto que exige, en el requisito de idoneidad o adecuación, que la intervención en un principio promueva, al menos, otro principio, y en el requisito de necesidad, que no haya otro medio de promover el mismo

principio que intervenga o lesione menos aquél con el que colisiona. En palabras de Atienza (2010), “Alexy concibe (...) los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo deba realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes)” (p. 3), y es por eso que, cuando el test de proporcionalidad requiere que la medida sometida a juicio promueva algún principio, está necesariamente exigiendo un fin lícito o legítimo. Sin embargo, si analizamos minuciosamente, no exige *cualquier* fin lícito, sino sólo aquellos que constituyan principios. Ahora, ¿qué otros fines puede ser legítimo perseguir mediante la legislación que los principios? Puesto que tanto el test que sistematiza Alexy como el que sistematiza Correa Sutil buscan maximizar la seguridad jurídica, los fines subjetivamente legítimos para el juzgador deben ser excluidos del análisis, de tal manera que sólo podemos quedarnos con los fines *jurídicamente* legítimos, es decir, con los principios. En conclusión, la búsqueda de un “fin legítimo” se encuentra tanto en el test de Alexy como en el de Correa Sutil, aunque en el primero no se exprese de forma independiente al resto de los requisitos. En este trabajo opto, tal como Correa Sutil, por analizar este requisito de forma independiente al resto, dado que es perfectamente diferenciable de la idoneidad y la necesidad, aunque el cumplimiento de estos dos últimos requisitos presuponga el anterior, facilitando así el análisis que nos compete.

Una última diferencia entre el test de Alexy y el de Correa Sutil es que en el primero la idoneidad o adecuación y la necesidad son requisitos separados, mientras que en el segundo se analizan conjuntamente. En este trabajo opto por analizarlos separadamente, ya que considero que, si bien la necesidad no puede cumplirse sin la idoneidad, el caso inverso es perfectamente posible, de manera que resulta más útil para mi análisis separarlos³.

Puesto que ya he relacionado ambos tests, excluyendo aquellos elementos confusos o innecesarios y separando los convenientes para el análisis, explicitaré los cinco requisitos

³La relación entre estos dos requisitos – adecuación y necesidad – es distinta a la existente entre la “legitimidad del fin” y “que la norma no obedezca a un propósito de hostilidad contra un grupo vulnerable o importar un privilegio indebido”, pues en el primer caso, aunque la necesidad presupone la idoneidad, cada requisito afirma cosas distintas, uno afirma algo respecto de la relación entre la norma y su fin, y el otro entre la norma y otras medidas posibles para cumplir el mismo fin. En el segundo caso, la hostilidad contra grupos vulnerables o privilegios indebidos afirman esencialmente lo mismo que la ilicitud del fin, en otras palabras sólo afirman que el fin de la norma es ilícito de esas maneras particulares. Por esto he optado por separar los requisitos en el primer caso y unirlos en el segundo.

que, por todo lo argumentado previamente, considero que debería cumplir una diferencia de trato para ser constitucional a la luz del derecho de igualdad ante la ley:

- 1) El trato diverso debe fundarse en diferencias fácticas objetivas.
- 2) La finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser constitucionalmente válida⁴.
- 3) La distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción.
- 4) La distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción.
- 5) El trato diverso debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables.

2.2.3 PREGUNTAS PENDIENTES

Debo señalar, por último, que por mucho que esta jurisprudencia sea abundante en conceptos y requisitos, no por eso vuelve el criterio judicial exento de ambigüedades. Explicaré aquí las principales y solucionaré algunas.

1) ¿Qué significa que la finalidad perseguida por una norma sea “constitucionalmente válida”? ¿Es necesario que sea un fin mandatado por la CPR? ¿Basta con que no esté prohibido por ella? En la primera alternativa estaríamos exigiendo el resguardo de un principio constitucional, mientras en el segundo bastaría con uno de jerarquía inferior con tal que no atente contra la CPR.

2) Respecto al criterio de adecuación, ¿qué tan fuerte es el vínculo causal que se exige entre la norma impugnada y el fin legítimo que persigue? El profesor Correa Sutil (2011)

⁴En un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se ponderan principios constitucionales. Quien lo interpone afirma que la norma legal impugnada vulnera un principio constitucional. El principio que se le opone también debe ser constitucional, puesto que si no lo fuera, el test de proporcionalidad dejaría de ser aplicable y el conflicto se resolvería por simple jerarquía. Primaría el principio constitucional sobre el que no lo es por el solo hecho de ser superior en la jerarquía jurídica. Por esta razón es que afirmo que, para que una diferencia de trato legal sea constitucional a la luz del derecho de igualdad ante la ley, debe ser constitucionalmente válida.

encuentra en la jurisprudencia del TC anterior al 2011 una utilización laxa de este requisito, “satisfaciéndose con que haya una conexión racional entre el medio y el fin, con que el medio “se avenga” al fin o no resulte irracional la conexión y con que no se establezcan gravámenes innecesarios al logro del objetivo” (p. 120). Este patrón jurisprudencial se encuentra justificado por el propio TC en el principio de “deferencia al legislador”. Así, el mismo autor cita un considerando esclarecedor de una sentencia del TC del 2008 replicado en varias sentencias posteriores:

Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos. A esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad que se apreciará en el considerando que sigue (Tribunal Constitucional, ROL 797-07, de 24 de enero de 2008, considerando sexto).

Este criterio nos lleva a concluir que basta que “sea razonable suponer” que la norma permite alcanzar un fin legítimo. ¿Cuándo es razonable suponerlo? No está claro. La cita, además, nos presenta otro problema que pasaré a detallar a continuación.

3) ¿Siempre debe exigirse la necesidad de la diferencia de trato? De la cita anterior se desprende que no, pues en ese caso y en aquellos que han replicado el considerando no se exige que la norma emplee la alternativa menos lesiva de un principio constitucional e igualmente efectiva para promover otro, sino que basta con la “razonable” adecuación y la proporcionalidad. Esto nos deja en una incómoda situación, pues a veces el TC exige el criterio de necesidad y a veces no. ¿Cuándo corresponde exigirlo y cuándo no? Es una interrogante que no encuentra respuesta en nuestra jurisprudencia constitucional.

4) ¿Qué proporción exige el requisito de proporcionalidad en sentido estricto? En palabras del profesor Correa Sutil (2011), nuestro TC entiende este requisito en un sentido laxo:

Para el TC no es una exigencia que los beneficios sean claramente más que los daños, sino que el estándar es menor. Solo se trata de verificar que los daños no sean abiertos o manifiestamente desproporcionados a los beneficios susceptibles de esperarse de la medida. Solo si verifica esa abierta desmesura entre los beneficios y los daños previsibles, la diferencia debiera ser calificada de arbitraria o carente de razonabilidad. A partir de una cita de un fallo del TC español, el estándar ha sido enunciado por el TC chileno como una exigencia de evitar resultados “especialmente gravosos o desmedidos” (p. 122).

Para concluir esta sección, terminaremos con una última cita del profesor Correa Sutil (2011):

Que el estándar exista solo para prohibir casos de especial desmesura entre beneficios y daños probables y que no se exija certeza en el logro de los objetivos que justifican el daño o que se permita al legislador escoger entre un abanico de medios que no resulten abiertamente desproporcionales se explica por cuanto el juicio de constitucionalidad que aplica el TC chileno es uno de razonabilidad y no de méritos o de sustitución del legislador (p. 124).

Veremos, sin embargo, que este criterio de deferencia al legislador no resulta ser pacífico en las sentencias que vamos analizar, y a partir de ese análisis, varias de estas interrogantes tendrán respuesta.

2.2.4. CATEGORÍAS SOSPECHOSAS DE DISCRIMINACIÓN Y DUPLICIDAD DE TESTS DE PROPORCIONALIDAD

En efecto, como se señaló al final de la sección anterior, el criterio de deferencia al legislador no es pacífico en las sentencias analizadas, dado que los votos de minoría sostienen expresamente que, en los casos de las tres normas impugnadas por considerarse como vulneratorias (entre otros derechos fundamentales) de la igualdad ante la ley de personas homosexuales, debe aplicarse un test “estricto” de proporcionalidad dado que, en los tres casos, la norma efectúa un trato diferenciado en base a “categorías sospechosas de discriminación”. Esta argumentación se encuentra presente en varios numerales de los votos de minoría: 36° a 42° en la sentencia ROL 1683-10-INA, 27° en la sentencia ROL 1881-10-INA y 20° a 24° en la sentencia ROL 2861-14-INA.

Pese a su gran potencial para justificar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, dicha argumentación es insuficiente en su desarrollo. Las preguntas fundamentales que vuelve evidentes son: 1) ¿qué es una “categoría sospechosa” y cuál es su función?; 2) ¿qué implica el “test estricto de proporcionalidad”?; y 3) ¿por qué el uso de una “categoría sospechosa” habilita al TC a emplear dicho “test estricto de proporcionalidad”? Mientras que hay cierto consenso sobre qué son las categorías sospechosas, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina nacionales se responden estas dos últimas preguntas, por lo que me basaré en jurisprudencia y doctrina extranjeras para dar en esta tesis las respuestas requeridas.

1) ¿Qué es una “categoría sospechosa de discriminación” y cuál es su función? Debo hacer notar que si bien la idea está bastante clara en la mayoría de los autores que tratan este concepto, no he encontrado una definición clara, por lo que, a partir de sus acercamientos, daré una propia⁵: son categorías sospechosas de discriminación aquellas clasificaciones odiosas que se basan en características permanentes de las personas y que configuran grupos que han sido históricamente discriminados, de tal manera que su uso por la ley para justificar diferencias de trato entre grupos de personas es presumiblemente arbitrario. Ejemplos de categorías sospechosas son aquellos que los tratados internacionales de derechos humanos señalan como “categorías prohibidas de discriminación”, tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, los

⁵ Así, por ejemplo, Treacy (2011) e Íñiguez (2014)

cuales son expresamente señalados por el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. ¿Cuál es la función jurídica de estas categorías sospechosas? La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y Niñas v/s Chile establece que en presencia de ellas

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 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, de 24 de Febrero de 2012, considerando 124).

Es decir, los efectos de la distinción normativa en base a categorías sospechosas son: 1) el criterio empleado por el tribunal se vuelve más estricto (y por lo tanto menos deferente al legislador); y 2) altera la carga de la prueba, es decir, que mientras normalmente es el impugnante quien debe demostrar que el criterio no se cumple, en presencia de “categorías sospechosas”, es el Estado el que debe demostrar que sí se cumple. Ambos efectos son expresamente reconocidos en los numerales 36° del voto de minoría en la sentencia ROL 1683-10-INA y 27° del voto de minoría en la sentencia ROL 1881-10-INA, y 20° del voto de minoría en la sentencia ROL 2861-14-INA.

2) ¿Qué implica el “test estricto de proporcionalidad”? Esta pregunta presupone otras más. Si en presencia de categorías sospechosas hay que aplicar un “test estricto”, en ausencia de ellas, ¿hay que aplicar uno que no es estricto? ¿En qué consiste este último? Esta dualidad de “tests de proporcionalidad” no tiene asidero en la jurisprudencia del TC, al menos, hasta el año 2014 (en que se dicta la más reciente de las sentencias analizadas), sin embargo, sí la tiene en jurisprudencia y doctrina comparada. Debo adelantar que los requisitos que constituyen cada test y la diferencia entre ellos es distinta en cada tribunal; aunque tienen ideas comunes, los matices que hay entre cada criterio pueden ser importantes. Tomaremos como ejemplo los casos de las Supremas Cortes de Argentina y México por tener la jurisprudencia más asentada al respecto dentro de nuestro contexto jurídico cercano.

El jurista argentino Guillermo Treacy (2011) señala que la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación Argentina distingue entre un estándar débil y uno estricto de revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, que llama “test de mera razonabilidad” y “test estricto”, respectivamente, donde “el test de mera razonabilidad se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona” (p. 187). De acuerdo al autor, el “test de mera razonabilidad” exige: 1) que el fin perseguido por la norma sea “de carácter inequívocamente público y general”; 2) la aptitud o idoneidad de los medios para alcanzar el fin perseguido; y 3) la proporcionalidad. En una cita de la propia Corte,

el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley [...] u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados (p. 188).

Debemos destacar de este “test de mera razonabilidad” que, siendo fuertemente inspirado en la deferencia al legislador, y en consecuencia omitiendo el requisito de necesidad del test de proporcionalidad de Alexy o de Correa Sutil, es prácticamente idéntico al que suele utilizarse por nuestro propio TC. El “test estricto”, por otra parte, exige: 1) la existencia de “fines sustanciales” (y no meramente convenientes); 2) la existencia de medios que promueven efectivamente esos fines; y 3) la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego (Treacy, 2011). Si bien este test es en efecto más exigente, no entiendo por qué no contiene el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, cuando el “test de mera razonabilidad” sí lo contiene. A mi juicio, el reemplazarlo por el de necesidad puede (y sólo puede, como se verá) volver al test más exigente, pero no veo razón alguna para no haber simplemente agregado el requisito de necesidad en vez de quitar el de proporcionalidad en sentido estricto para ponerlo en su lugar. Esta omisión puede ser bastante problemática considerando que si una norma resulta idónea y necesaria

para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, pero el sacrificio que impone resulta más grande que el beneficio que produce, estaría cumpliendo con el “test estricto”, y no con el “test de mera razonabilidad”, lo que es absurdo teniendo en cuenta que las “categorías sospechosas” pretenden justamente volver más difícil y no más fácil cumplir el estándar de prueba para el Estado. En conclusión, puede darse el caso (poco probable, pero posible) de que una norma cumpla con el requisito de necesidad (porque no hay mejor alternativa normativa) y no el de proporcionalidad en sentido estricto (porque aun siendo la mejor alternativa, genera efectos desproporcionados), caso en el cual el “test estricto” resulta menos estricto que el que se aplica ordinariamente.

Para exponer la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Mexicana en cuanto a la dualidad de tests de proporcionalidad, recurriré a una larga pero esclarecedora cita de una de sus sentencias:

Una vez establecido que la norma hace una distinción basada en una categoría sospechosa, corresponde realizar un escrutinio estricto de la medida legislativa. Esta Suprema Corte de Justicia estima conveniente hacer una explicación de la forma en la que se tiene que realizar el examen de igualdad en estos casos para poder clarificar las diferencias que existen entre un escrutinio ordinario y el que debe aplicarse a las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa.

Así, en primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. Cuando se aplica el test de escrutinio estricto para enjuiciar una medida legislativa que realiza una distinción no debe exigirse simplemente, como se haría en un escrutinio ordinario, que se persiga una finalidad constitucionalmente admisible. Dicho de otra forma, la finalidad perseguida no debe ser abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales. Así, al elevarse la intensidad del escrutinio, debe exigirse que la finalidad tenga un apoyo constitucional claro: debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante, es decir, proteger un mandato de rango constitucional.

En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa. La medida legislativa debe estar directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales antes señalados; es decir, que la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos.

En tercer y último lugar en cuanto a las gradas del examen de igualdad, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 8/2014, de 11 de agosto de 2015, considerandos 57 a 60).

Si sistematizamos lo expresado por la Suprema Corte Mexicana, esta distingue entre un “escrutinio ordinario” y un “escrutinio estricto” de medidas legislativas. El “escrutinio ordinario” requiere: 1) una finalidad “constitucionalmente admisible” (no abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales) y 2) que la distinción legislativa sea, al menos, “potencialmente conectada” con dicho objetivo. Si bien no lo expresa en esa cita, pero sí se extrae del texto general de la sentencia citada, también requiere 3) que la distinción legislativa cumpla con un criterio de “proporcionalidad en sentido estricto”. Por otra parte, el escrutinio estricto requiere que la distinción legislativa: 1) persiga proteger un mandato constitucional; 2) esté totalmente encaminada a la consecución de dicha finalidad; y 3) sea la medida menos restrictiva posible para conseguir dicha finalidad. Podemos observar de esta sistematización que sus términos son más claros que los utilizados por la Suprema Corte argentina (“mandatos constitucionales” frente a “fines sustanciales”, por ejemplo), aunque también parece omitir en su escrutinio estricto el requisito de proporcionalidad en sentido estricto en el “escrutinio estricto” (cosa que me parece injustificada, como ya he señalado), a la vez que omite el requisito de necesidad en el “escrutinio ordinario” (cosa que me parece plausible a la luz de la deferencia al legislador).

Si bien podemos observar en estas jurisprudencias extranjeras que la duplicidad de tests para analizar las violaciones del derecho de igualdad constitucional no es unívoca, es decir,

que ni el test más exigente ni el menos exigente (tengan los nombres que tengan) son exactamente iguales, pero al menos cada tribunal encargado del ejercicio de la jurisdicción constitucional ha expresado el contenido de cada uno de esos tests. El caso chileno es diferente, pues los votos de mayoría ignoran la alegación de los ministros disidentes sobre la necesidad de utilizar un “test más estricto” en presencia de categorías sospechosas de discriminación, dejando sin resolver la cuestión de si es un test estricto el que ocupa en sus considerandos o es uno ordinario, rechazando la tesis del voto de minoría. En los votos de minoría, por otro lado, se reconoce la necesidad de utilizar un test estricto, sin explicar en qué consiste dicho test o el menos exigente al que se contrapone.

3) ¿Por qué el uso de una “categoría sospechosa” habilita al TC a emplear dicho “test estricto de proporcionalidad”? Los votos de minoría dedican sus argumentos a demostrar que el sexo y la orientación sexual (razones por las que, sostiene, se diferencia el trato en las normas impugnadas) son “categorías sospechosas de discriminación”, mas no contienen argumentos para justificar jurídicamente la obligación de atribuirle a dichas categorías los efectos que reconoce (inversión de la carga de la prueba y utilización de un test de proporcionalidad más estricto que el que normalmente corresponde utilizar). Esto resulta problemático porque ni en nuestra CPR, ni en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes, ni en nuestras leyes internas existe norma alguna que reconozca expresamente estos efectos. Si bien hemos señalado que tribunales extranjeros atribuyen estos efectos a las “categorías sospechosas”, esa no es razón para considerarlo como Derecho en nuestro país. Ahora, bien es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo un tribunal internacional que además tiene jurisdicción sobre Chile por haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, sí ha atribuido estas consecuencias, como hemos ya citado a partir del caso *Atala Riffo y Niñas v/s Chile*. ¿Implica esto que las “categorías sospechosas” y sus efectos pasan a ser Derecho chileno? La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una postura afirmativa al respecto:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el

ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana** (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, de 26 de Septiembre de 2006, considerando 124).⁶

Esta postura, sin embargo, no es pacífica. Así, por ejemplo, la profesora Andrea Íñiguez Manso (2014) señala:

[c]abe preguntarse si el control de convencionalidad obligaría a entender que por el solo hecho de haberse mencionado la expresión “categoría sospechosa” en el fallo “Atala” y en “Norín Catrimán”, deberíamos entender que automáticamente se ha incorporado la categoría sospechosa en el derecho nacional. Al respecto pensamos que la respuesta debe ser negativa porque Chile está obligado a cumplir con aquellas disposiciones que expresamente han sido establecidas en la Convención interamericana de derechos humanos, y no aquellas categorías que al parecer han sido creadas por la Corte Interamericana en virtud de una determinada forma de entender la interpretación dinámica de un tratado internacional. En consecuencia, entendemos que la incorporación de nuevos criterios no pueden ser llevados a cabo por la vía jurisprudencial, sino que los contratantes deberían ser convocados para modificar la Convención (pp. 501-502).

⁶El énfasis es mío.

Sobre esta opinión tengo dos reparos. El primero consiste en que cuando la ley (o la Constitución) le otorga jurisdicción a un tribunal, no sólo le otorga la facultad y el deber de aplicar la norma, sino también de interpretarla, dado que la norma, por las deficiencias del lenguaje natural, nunca puede ser lo suficientemente clara para determinar fuera de toda duda cuál es exactamente su contenido, a cuáles casos se aplica y a cuáles no. Esta afirmación es absolutamente pacífica respecto de los Tribunales Nacionales, pero Íñiguez Manso no justifica por qué debería ser distinto en el caso de los Tribunales Internacionales. Según la autora, cuando un Estado se somete a la jurisdicción de un Tribunal Internacional, no le otorga la facultad de interpretar las normas del tratado que aplica, de tal manera que todo cambio jurisprudencial debería someterse a la aprobación expresa del Estado. Tiendo a pensar que, si la autora fuese consecuente, los cambios jurisprudenciales de los tribunales internos, a quienes el Estado le ha otorgado jurisdicción, deberían someterse también a la aprobación del Congreso, a menos que justifique la diferencia sustancial y relevante para este asunto entre la competencia de los tribunales nacionales e internacionales, cuyas jurisdicciones emanan igualmente del Estado. En segundo lugar, también podemos entender la opinión de Íñiguez Manso en el sentido de que, si bien la Corte Interamericana tiene la facultad de interpretar las normas que aplica en sus sentencias, sus interpretaciones no deben ser vinculantes para las sentencias de nuestros Tribunales Nacionales. Mi reparo al respecto consiste en que si así funcionaran las instituciones, el sistema jurídico resultaría inconsistente consigo mismo, dado que sería perfectamente probable que un Tribunal Nacional falle una causa interpretando de determinada manera un Derecho Humano contenido en la Convención Interamericana para que luego la Corte Interamericana condene al Estado de Chile por haber cometido en esa sentencia una violación a dicho Derecho Humano, interpretado de forma diferente. En específico, sería perfectamente probable que el Tribunal Constitucional rechace un requerimiento de inaplicabilidad porque considera que la norma (o su aplicación en el caso concreto) supera el “test de mera razonabilidad” para que luego la Corte Interamericana condene al Estado de Chile pues considera que la norma no supera el “test estricto” de proporcionalidad. Las consecuencias de esto no son sólo teóricas, sino que prácticas, dado que atentaría contra la economía procesal, implicando procesos adicionales (y evitables) que pueden durar años, como un notable gasto para el Estado, dado que la litigación ante la Corte Interamericana implica un

gasto financiero importante, y más aún la condena que puede ser obligado a pagar. Por el contrario, si seguimos la opinión de la Corte Interamericana respecto a que sus interpretaciones de los derechos contenidos en la Convención deben ser vinculantes para los Tribunales Nacionales, entonces todas estas contradicciones se salvan y tenemos un sistema armónico.

Así las cosas, sostengo que la dualidad de tests de proporcionalidad es sostenible jurídicamente, pero el Tribunal Constitucional la caracteriza de forma insuficiente. Para resolver este problema, y en base tanto a las jurisprudencias extranjeras ya citadas como las correcciones de rigor que he justificado como oportunas, propongo la siguiente caracterización de ambos tests:

El *test de mera razonabilidad*, aplicable a conflictos constitucionales que no incluyan una categoría sospechosa de discriminación, está constituido por los siguientes requisitos:

- 1) El trato diverso que constituye la norma impugnada se funda en diferencias fácticas objetivas;
- 2) La finalidad que se persigue al hacer la diferencia es constitucionalmente admisible (es decir, no abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales);
- 3) La diferencia de trato establecida por la norma es razonablemente adecuada para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción;
- 4) La distinción legislativa cumple con un criterio de proporcionalidad en sentido estricto.

En el test de mera razonabilidad, es el impugnante quien debe probar que la norma (o aplicación de la norma) impugnada no cumple con, al menos, uno de dichos requisitos.

Por otro lado, el *test estricto de proporcionalidad*, aplicable a conflictos constitucionales que involucren un trato diferenciado y perjudicial en base a una categoría sospechosa de discriminación, está constituido por los requisitos siguientes:

- 1) El trato diverso que constituye la norma impugnada se funda en diferencias fácticas objetivas;

- 2) La finalidad que se persigue al hacer la diferencia es constitucionalmente mandatoria (es decir, que dicha finalidad obedece a un mandato atribuible a la Constitución misma o a una norma de su rango);
- 3) La diferencia de trato establecida por la norma es totalmente adecuada para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción;
- 4) Dicha diferencia de trato es necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción, en el sentido de ser la alternativa menos costosa;
- 5) La distinción legislativa cumple con un criterio de proporcionalidad en sentido estricto. En el caso del test estricto de proporcionalidad es el Estado quien debe probar que todos los requisitos copulativos se cumplen.

Sostengo, por todo lo anterior, que los votos de minoría estaban en lo correcto al aplicar un test estricto para juzgar la vulneración a la igualdad ante la ley en razón de la orientación sexual en las sentencias analizadas, dado que, como bien reconocen, la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación.

CAPÍTULO 3: ESTRUCTURAS NORMATIVAS PARA JUSTIFICAR LA DECISIÓN DE RECHAZAR REQUERIMIENTOS DE INAPLICABILIDAD BASADOS EN UNA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

3.1. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS

Las estructuras argumentativas son herramientas conceptuales desarrolladas por los teóricos de la argumentación y cuya función es graficar, por una parte, las relaciones entre un punto de vista y los distintos argumentos que lo apoyan, y por otra, las relaciones entre esos argumentos. La utilidad de comprender estas relaciones consiste en poder determinar el costo total que para la aceptabilidad del punto de vista tiene el fracaso de uno o más argumentos determinados o la ausencia de ellos.

Los teóricos de la argumentación Van Eemeren y Grootendorst (2002) distinguen entre estructuras argumentativas simple o única, formada por un punto de vista sostenido por un único argumento, y la estructura argumentativa compleja, formada por un punto de vista sostenido por varios argumentos. En las sentencias judiciales nos encontramos típicamente con argumentaciones complejas. Como resulta evidente, si el único argumento en que se sostiene un punto de vista cae, entonces cae también el punto de vista. Por otra parte, para determinar si el fracaso de algunos argumentos de una argumentación compleja implica la caída del punto de vista, debemos hacer otra distinción.

Según los autores (2002, p. 95) “una argumentación compleja siempre puede ser dividida en argumentaciones únicas”, y según sea la relación entre estas argumentaciones únicas, podemos dividir las estructuras de argumentación compleja en múltiples, coordinadas y subordinadas.

En la argumentación múltiple “las argumentaciones únicas que la constituyen son, en principio, defensas alternativas del mismo punto de vista” (van Eemeren & Grootendorst, 2002, p. 95), de tal manera que si uno de los argumentos fracasa, el resto puede seguir siendo concluyente respecto del punto de vista, pues la fuerza argumentativa de cada uno de ellos no depende entre sí. Esta estructura se graficará en esta tesis de la siguiente forma:

- 1 Punto de vista.
- 1.1 Argumento.
- 1.2 Argumento.
- 1.n Argumento.

Para comprender mejor esta herramienta, veamos el siguiente ejemplo:

- 1. La norma N vulnera el derecho de igualdad ante la ley.
- 1.1 Discrimina arbitrariamente al grupo A respecto del grupo B.
- 1.2 Discrimina arbitrariamente al grupo A respecto del grupo C.
- 1.3 Discrimina arbitrariamente al grupo A respecto del grupo D.

Esta es una argumentación múltiple ya que sus argumentos son independientes. Así, si el juez aplica el test de proporcionalidad y determina que hay razones suficientes para dar un trato legal diferenciado al grupo A respecto del B y del C, pero no del D, entonces la discriminación al grupo A respecto del D sigue siendo arbitraria, y por la tanto la norma N sigue siendo contraria al derecho de igualdad ante la ley.

En una argumentación coordinada “todas las argumentaciones únicas que la componen son, en principio, necesarias para lograr una defensa concluyente del punto de vista”, donde “cada argumento individualmente considerado se presenta como un apoyo parcial a favor del punto de vista, pero es solo en combinación con los demás argumentos que se presenta como una defensa concluyente” (van Eemeren & Grootendorst, 2002, pág. 99). Esta estructura se graficará en esta tesis de la siguiente forma:

- 1 Punto de vista.
- 1.1a Argumento.
- 1.1b Argumento.
- 1.1n Argumento.

Tomemos prestado un ejemplo del Derecho Penal:

- 1 El sujeto S debe ser condenado.
- 1.1a El sujeto S ha cometido un hecho típico.
- 1.1b Dicho hecho es antijurídico.
- 1.1c Dicho hecho es culpable.

Esta es una argumentación coordinada por cuando todos sus argumentos son necesarios para la comprobación del punto de vista. Así, si resulta que el hecho no es típico (porque no está tipificado en las leyes penales), resulta obvio que no merece condena; si es típico pero no antijurídico (porque está tipificado pero concurre una causa de justificación

como, por ejemplo, la legítima defensa), tampoco requiere condena; y si es típico y antijurídico, pero no culpable (porque está tipificado y no concurre una causa de justificación, pero no hubo imprudencia alguna en la actividad que produjo el resultado), tampoco requiere condena.

Por último tenemos la argumentación subordinada, que es una argumentación que se encuentra “ligada verticalmente” (van Eemeren & Grootendorst, 2002, pág. 103), es decir, donde el punto de vista está sustentado por un argumento, y ese a su vez por otro, y así sucesivamente en una cadena más o menos larga. De acuerdo a van Eemeren y Grootendorst (2002),

[u]n rasgo característico de la argumentación subordinada es que consiste en una serie condicional de argumentaciones únicas. Sólo a condición de que cada argumentación única ofrezca suficiente apoyo para la otra, el punto de vista primario será finalmente defendido de manera concluyente (pp. 104 y 105).

Esta estructura se graficará de la siguiente forma:

- 1 Punto de Vista.
- 1.1 Argumento.
 - 1.1.1 Argumento.
 - 1.1.1... Argumento.

Tomemos como ejemplo el siguiente:

- 1 El sujeto S cometió el homicidio.
- 1.1 Él disparó el arma homicida.
 - 1.1.1 Así lo comprueban las huellas digitales halladas en el arma.

Esta es una argumentación subordinada por cuanto el argumento 1.1.1 no está apoyando directamente al punto de vista 1, sino al argumento 1.1. Como estructura subordinada, si el argumento 1.1.1 cae (por ejemplo, si un peritaje demuestra lo contrario), entonces el 1.1 también, dado que se habrá quedado sin su único sustento, y así, consecuentemente, el punto de vista correrá la misma suerte.

3.2. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS NORMATIVAS

Vimos en la sección anterior que una estructura argumentativa nos permite graficar la relación entre las argumentaciones únicas que conforman una argumentación compleja realmente existente, pero para esta tesis es necesario tener en cuenta también la utilidad de una estructura normativa. Las estructuras argumentativas normativas son, como su nombre lo indica, modelos normativos que permiten graficar no lo que una argumentación *es*, sino cómo *debe ser*. Así, una estructura normativa graficará todos aquellos argumentos únicos necesarios para la comprobación de un punto de vista, así como las relaciones entre ellos.

3.3. ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA DECISIÓN DE RECHAZAR UN REQUERIMIENTO

En base a la sistematización del test de proporcionalidad aplicado a eventuales vulneraciones del derecho de igualdad ante la ley que ya he realizado en el capítulo 2 de esta tesis, propongo la siguiente estructura normativa para justificar la decisión de rechazar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma eventualmente vulneratoria del derecho de igualdad ante la ley por discriminar arbitrariamente en razón de la orientación sexual:

1. La norma N⁷ no vulnera el derecho de igualdad ante la ley.
 - 1.1 La norma N no establece diferencias arbitrarias.
 - 1.1.1a La norma N se basa en diferencias fácticas objetivas.
 - 1.1.1b La norma N persigue un fin constitucionalmente legítimo⁸.
 - 1.1.1c La diferencia de trato que establece la norma N es idónea para la obtención del fin F.
 - 1.1.1d La diferencia de trato que establece la norma N es necesaria para la obtención del fin F.
 - 1.1.1e El beneficio al fin F que produce dicha diferencia de trato es proporcional a su afectación del derecho de igualdad ante la ley.
 - 1.1' Si una norma no establece diferencias arbitrarias, entonces la norma no vulnera el derecho de igualdad ante la ley.

Puesto que la no arbitrariedad de la diferencia de trato legal es una razón suficiente para comprobar la no vulneración al derecho de igualdad ante la ley, se ha graficado como una argumentación única, mientras que, a su vez, el conjunto de los requisitos del test de

⁷O su aplicación al caso concreto, según sea el caso, dado que como veremos en el capítulo 5, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad se puede probar ya sea porque solo la aplicación al caso concreto de que se trata es inconstitucional, o porque la norma en sí misma es inconstitucional, siendo toda aplicación de aquella, por tanto, inconstitucional también.

⁸ Sostengo que la legitimidad, en el caso de las categorías sospechosas de discriminación, como los que tratan las sentencias que se analizarán, se da cuando el fin que persigue la norma es constitucionalmente obligatorio y no solamente constitucionalmente permitido, como ya he expresado en el capítulo 2 de esta tesis, sin embargo, en las estructuras de las sentencias simplemente se usará el vocablo “legitimidad” en un sentido amplio, de tal modo de poder constatar si la argumentación que sostiene el cumplimiento de este requisito da cuenta del uso de un test de mera razonabilidad o de un test estricto de proporcionalidad.

proporcionalidad, siendo copulativos (es decir, que se requiere el cumplimiento de todos para probar que la diferencia de trato no es arbitraria), constituyen una argumentación coordinada en relación a la no arbitrariedad de la diferencia de trato, siendo a su vez, por tanto, una argumentación subordinada (pues no se conectan directamente con el punto de vista, sino con un argumento).

Esta estructura normativa base se graficará en todas las sentencias a analizar. Si hay argumentos de la estructura normativa no expresados en la sentencia, estos serán representados entre corchetes; y sin ellos cuando efectivamente son expresados. A su vez, los argumentos que en cada una de estas sentencias sean realmente esgrimidos se graficarán en relación a cada uno de los puntos de prueba constituidos por la estructura normativa presentada.

3.4. PREMISAS DATO Y PREMISAS GARANTÍA

Para poder graficar apropiadamente las argumentaciones únicas de una sentencia que se utilizan para justificar los argumentos únicos contenidos en la estructura normativa, es necesario contar con una herramienta que nos permita graficar la estructura interna de estos argumentos únicos. En la pragma-dialéctica, toda argumentación única se compone al menos de dos premisas, cada una con una función justificatoria distinta (van Eemeren & Grootendorst, 2002). La primera, llamada “premisa dato” en el modelo de Toulmin (1958), constituye la razón propiamente tal que se entrega para justificar el punto de vista, La segunda premisa, llamada “garantía” por Toulmin, expresa la regla inferencial que permite la transferencia de aceptabilidad desde la premisa dato al punto de vista. En otras palabras, la premisa garantía expresa cómo es que la premisa dato sustenta el punto de vista.

Las premisas dato y premisas garantía serán graficadas de la siguiente forma:

- 1 Punto de Vista.
- 1.1 Premisa Dato.
- 1.1' Premisa Garantía.

Es decir, la premisa garantía se graficará exactamente como la premisa dato con la que se relaciona, con la diferencia de que llevará una comilla. Cuando esta se plantee en el texto de forma implícita, se indicará con un paréntesis redondo.

Tomemos el siguiente ejemplo:

- 1 Pedro debe ser condenado a prisión.
- 1.1 Pedro mató a alguien.
- (1.1') El que mata a alguien debe ser condenado a prisión.

Como vemos, la premisa (1.1') es una premisa garantía dado que explica cómo la premisa dato 1.1 comprueba el punto de vista 1. Esta entre paréntesis porque en nuestro ejemplo no aparece formulada de forma explícita en el texto.

La diferencia entre premisas dato y premisas garantía nos permite entender además conceptos clave para la evaluación de los argumentos ofrecidos por las sentencias a analizar.

3.5. ACEPTABILIDAD, RELEVANCIA Y SUFICIENCIA

El teórico de la argumentación Blair (2012, p. 87) ha sostenido que un argumento es bueno

si sus bases o premisas son individual o conjuntamente *relevantes* como apoyo para el punto de vista en cuestión, individualmente *aceptables*, y conjuntamente (si son relevantes y aceptables) *suficientes* para apoyar el punto de vista para al cual han sido ofrecidas⁹.

Desde una lectura pragma-dialéctica de estos requisitos (Snoeck Henkemans, 1997), un argumento es aceptable si la premisa dato es una premisa compartida por las partes involucradas en la discusión. Por otra parte, un argumento es relevante si existe una conexión plausible entre la premisa dato y el punto de vista. Esto implica que no sólo el esquema argumentativo subyacente sea aceptable para las partes, sino también la premisa garantía del argumento. Por último, un argumento es suficiente si la aceptabilidad de las premisas se transfiere efectivamente al punto de vista. Ello requiere que el argumento sea capaz de resistir a un ataque basado en preguntas críticas y a objeciones que sostienen el punto de vista contradictorio o contrario.

Estos criterios de corrección de argumentos serán utilizados en el análisis argumentativo de las sentencias, de tal manera que, una vez graficadas sus estructuras

⁹ Traducción propia.

argumentativas reales en torno a la estructura normativa propuesta, según la simbología indicada en este capítulo, sus argumentos serán analizados para determinar si son aceptables, relevantes y suficientes para probar el cumplimiento de los requisitos del test de proporcionalidad, y por lo tanto, para comprobar la constitucionalidad de la norma impugnada.

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS DE SENTENCIAS

En este capítulo se aplican las herramientas de análisis presentadas en el capítulo 3 a aquellas sentencias el Tribunal Constitucional que fueron indicadas en la introducción, todas las cuales recaen sobre requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas que, a juicio de las requirentes, vulneran el derecho de igualdad ante la ley en razón de discriminación por orientación sexual homosexual.

4.1. SENTENCIA ROL N° 1683-2010-INA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 4 DE ENERO DE 2011, SOBRE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL

Esta sentencia es la primera en fallar sobre la constitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, que tipifica la Violación Sodomítica (que un varón mayor de 18 años penetre analmente a otro varón menor de 18 y mayor de 14 años), mas no es la primera vez que se requería que el Tribunal Constitucional lo hiciera. En el año 2009 fueron dos los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho artículo que se presentaron ante el Tribunal Constitucional: el primero, con fecha 19 de Febrero y Rol N°1334, fue declarado inadmisibile el 19 de Marzo del 2009; y el segundo con fecha 7 de Septiembre y Rol N°1482, declarado también inadmisibile el 21 de Octubre del mismo año. Así, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del 13 de Abril del 2010, que daría origen a la sentencia que pasaremos a analizar, fue el primero sobre el artículo 365 del Código Penal en pasar el filtro de admisibilidad del Tribunal Constitucional, pero no sin controversia, pues hubo un voto en contra de la declaración de inadmisibilidad, por parte del ministro Francisco Fernández Fredes.

En cuanto al fallo, éste rechaza el requerimiento en acuerdo por mayoría del 19 de Octubre del 2010, el cual se da a conocer el 4 de Enero del 2011, en sentencia con voto de mayoría que suscriben los ministros Marisol Peña Torres, Mario Fernández Baeza, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado y Enrique Navarro Beltrán, y con voto disidente por parte de los ministros Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Salgado y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Debemos recordar que esta sentencia tampoco es la última en pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, ya que, como se adelantó en la introducción, la sentencia ROL 3.205-17-INA del Tribunal Constitucional lo haría nuevamente, pero replicando exactamente los argumentos dados por la sentencia que pasamos a analizar.

4.1.1. ESTRUCTURA

1. El artículo 365 del Código Penal no viola el derecho de igualdad ante la ley¹⁰

[1.1 La diferencia de trato que establece no es arbitraria]

[1.1.1a Se basa en diferencias fácticas objetivas]

[1.1.1b El fin que persigue dicha diferencia de trato es lícito]

1.1.1b.1 El fin que persigue es la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial del menor (considerando vigesimoctavo)

1.1.1b.1.1 Se desprende de la historia fidedigna del precepto impugnado (considerando décimo)

1.1.1b.1.1.1 Se desprende de la lectura del mensaje del Ejecutivo con el cual se inició la tramitación legislativa del actual artículo 365 del CP (considerando noveno)

1.1.1b.1.1.1.1 En el mensaje se afirmaba que el 75% de las víctimas de delitos de violación, estupro, violación sodomítica y abusos deshonestos eran menores de edad (considerando décimo)

1.1.1b.1.1.2 Se desprende de la lectura del Primer Informe de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (considerando décimo)

1.1.1b.1.1.2.1 En el Informe se sostuvo que los menores de edad, en general, no se sienten agredidos como las personas adultas, que tienen conciencia de la situación que se produce, y que sólo

¹⁰La fundamentación de este voto expone los argumentos doctrinarios de por qué el “acceso carnal” mencionado en esta norma se refiere a la “penetración anal”, pero hace lo mismo respecto de los argumentos en el sentido que también incluye la “penetración bucal”, pero no toma partido por ninguna de estas teorías.

tienden a darse cuenta que fueron objeto de un delito o agresión sexual cuando ya son adultos (considerando décimo)

1.1.1b.1.1.3 Se desprende del segundo trámite constitucional del Senado (considerando decimoprimer)

1.1.1b.1.1.4 Se desprende del trámite de Comisión Mixta (considerando decimosegundo)

1.1.1b.1.2 Se desprende de lo afirmado por la doctrina especializada (decimocuarto)

1.1.1b.1.2.1 Para Antonio R. Bascañán, el bien jurídico protegido es el desarrollo libre de perturbaciones de la autodeterminación sexual del menor (decimocuarto)

1.1.1b.1.2.2 El profesor Garrido Montt señala que lo que se busca es el amparo del normal desarrollo del menor y la consolidación de su sexualidad, entendiéndose que la conducta tipificada constituye un peligro potencial para el desarrollo sexual normal de los menores de edad (considerando decimocuarto)

1.1.1b.1.2.3 Se desprende de lo afirmado por Luis Rodríguez Collao (considerando decimocuarto)

1.1.1b.1.2.4 Se desprende de lo afirmado por Cristián Aguilar Aranela (considerando decimocuarto)

[1.1.1b.1' La protección del menor de edad comprometido en la sodomía es un fin lícito]

[1.1.1c La diferencia de trato establecida por el artículo 365 del CP es adecuada para la obtención de dicho fin]

1.1.1c.1a La penetración consentida de un hombre mayor a uno menor de 18 años y mayor de 14 de su mismo sexo acarrea daños o perjuicios a este último, en lo que dice respecto a su desarrollo psicosocial (considerando decimoquinto)

1.1.1c.1a.1 Dicho acto produce una afectación del libre desarrollo de la sexualidad del menor (considerando trigesimotercero)

1.1.1c.1a.1.1 Dicho acto determina o condiciona al menor de alguna manera relevante al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual (considerando vigesimooctavo)

1.1.1c.1a.1.1.1 Dicho acto implica un grave riesgo de corrupción del menor (considerando trigesimotercero)

[1.1.1c.1b Una relación sexual entre una mujer mayor y una menor de 18 años y mayor de 14 de su mismo sexo no acarrea daños o perjuicios a esta última, en lo que dice respecto a su desarrollo psicosocial]

1.1.1c.1b.1 Sólo puede acceder carnalmente aquel que posea un órgano genital masculino, esto es, el varón (considerando trigesimosegundo)

1.1.1c.1b.1.1 Durante la discusión de la Ley 19.617, el argumento que se sostuvo en la elaboración del segundo informe del senado era que el término “acceso carnal” se refiere a la penetración genital o coito (considerando trigesimosegundo)

1.1.1c.1c La voluntad de la víctima no es garantía suficiente de la eliminación del menoscabo que, claramente, experimenta(considerando trigesimotercero)

1.1.1c.1c.1 El consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta (considerando vigesimotavo)

1.1.1c.1c.1.1 Aquél no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar (considerando vigesimotavo)

1.1.1c.2 Dicho acto repugna la concepción constitucional de persona, como sujeto esencialmente digno (considerando trigesimotercero)

1.1.1c.2.1 Dicho acto se trata de un tipo de relación lesiva de la dignidad del menor como persona afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual (considerando trigesimoprimer)

1.1.1c.2.1.1 Que el agresor tenga una relación sodomítica con el menor como vía para reafirmar su particular opción sexual implicaría que el menor de edad pase a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del varón mayor de edad (considerando trigesimotercero)

[1.1.1d La diferencia de trato que establece el artículo 365 del CP es necesaria para la obtención de dicho fin]

[1.1.1e Dicha diferencia de trato no produce efectos desproporcionados]

1.1.1e.1 Se ajusta a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en cuanto a la prevalencia del “interés superior del niño” (considerando vigesimotavo)

1.1.1e.1.1 El interés superior del niño justifica la necesidad de que

le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia (considerando vigesimooctavo)

1.1.1e.1.1.1 Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (considerando vigesimooctavo)

4.1.2. ANÁLISIS

4.1.2.1. JUSTIFICAR UNA DIFERENCIA DE TRATO OBJETIVA

El cumplimiento de este requisito no está justificado en la sentencia.

4.1.2.2. JUSTIFICAR UN FIN LEGÍTIMO

4.1.2.2.1. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY

En la Sentencia ROL 1683-10-INA, hay justamente una divergencia entre el voto de mayoría y el disidente respecto a cuál es el fin de la norma contenida en el artículo 365 del Código Penal y, en parte, se debe al uso de distintos tipos de argumentaciones para sostener cada una de ambas posiciones.

En el voto de mayoría, el TC dedica una parte importante de su sentencia a justificar cómo se desprende de la historia fidedigna de la ley que el fin de la norma es “la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial del menor”. Los ministros del TC que suscriben dicho voto recurren para ello a una serie de citas contenidas en el mensaje del Ejecutivo con el que se inicia la tramitación del proyecto que culminaría en la inclusión al Código Penal de su actual artículo 365, el Primer Informe de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, el segundo trámite constitucional del Senado, el trámite de la Comisión Mixta y de una serie de autores que los ministros que suscriben el voto de mayoría consideran como doctrina especializada. Esta argumentación es aceptable, relevante y suficiente para comprobar que el fin mencionado es efectivamente el que el legislador aduce como justificación de la tipificación del delito de “violación sodomítica”.

El problema con esta argumentación es correctamente expuesto por el profesor José Ángel Fernández (2016): “No obstante, no basta con reproducir la finalidad aducida por el legislador, sino que debe determinarse cuál es la verdadera finalidad de la ley sometida al control de constitucionalidad” (p. 94). El mismo autor (2016) expresa y fundamenta cuál es el verdadero fin de la norma a su juicio:

Recordemos que tampoco la sentencia del TC justifica porqué un menor homosexual hombre requiere de una especial protección penal en contraposición de los menores heterosexuales y lesbianas. Entonces ¿cuál es la finalidad perseguida? Pareciese que nos encontramos ante la protección de una determinada moral sobre la sexualidad (p. 95).

Concuerdo con el autor en que el TC no justifica la especial protección de los menores homosexuales en relación a los menores heterosexuales y las menores lesbianas, o más específicamente, su trata de justificarla mediante afirmaciones gratuitas y razonamientos circulares.

Siguiendo la misma lógica, el voto de minoría de la sentencia contiene dos líneas argumentativas que buscan demostrar por qué el fin de la norma no es la (legítima) “protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial del menor”, sino la (ilegítima) “manifestación de homofobia que mira a los homosexuales como sujetos anormales, inferiores e indignos”. La primera línea consiste en una serie de argumentos destinados a probar por qué el actual artículo 365 del Código Penal es inconsistente con la protección del menor, sosteniendo que la norma “no pretende proteger a los menores púberes de actividades sexuales traumáticas”, en base a argumentos (largamente desarrollados) tales como que la norma “no busca proteger a los menores de abuso ni de coacción por parte de los adultos”, que sus supuestos de hecho “no incluyen ningún tipo de abuso, engaño, coacción o daño”, que “no hay razones para afirmar que las relaciones sexuales entre personas del mismos sexo sean per se coercitivas”, y que, por consiguiente “[e]l fundamento esgrimido manifiesta un prejuicio rotundo acerca de la condición homosexual”. La segunda línea consiste en desprender el fin homofóbico de la

norma de los propios argumentos vertidos por parlamentarios en la discusión de la ley que consagra el mencionado artículo 365, tales como “la despenalización puede ser el inicio de una serie de otras propuestas que indudablemente socavan los valores sociales y atentan contra la familia y el bien común”, que la homosexualidad es “una lacra y que combatirla evitaría campañas del SIDA y otras infecciones por ella provocada y que son un castigo de Dios a toda la comunidad homosexual” y que “incrementa lo antinatural o amoral entregando una orientación desafortunada o irresponsable a los jóvenes”. Sostengo que esta argumentación es suficiente para demostrar que el fin de la norma sostenido públicamente en la historia fidedigna de la ley no es sincero, y que por lo tanto, si bien la norma tiene un fin legítimo simulado, el disimulado es ilegítimo.

Ahora debemos analizar cuál es el fin que debe tenerse en cuenta para efectos del test de proporcionalidad, si el simulado o el disimulado, sobre todo cuando el resultado que da la aplicación de cada uno es distinto (con uno se supera el test de legitimidad del fin y con el otro no). Sostengo que, si entendemos el test de proporcionalidad como Alexy, es decir, como un mandato de optimización, basta con que la norma (o sólo su aplicación al caso concreto, según sea la argumentación que se decida utilizar) supere el test de proporcionalidad con uno de los fines, sea el simulado o el disimulado, para que entonces pueda ser considerada como constitucional. Esto se debe a que el superar el test implica que la norma (o su aplicación) genera una mayor realización de un fin legítimo que el perjuicio que genera para la realización de otro, y por lo tanto dejar de aplicar la norma al caso generaría un perjuicio más grande que su beneficio, independientemente de si el fin que se afecta era el motivo principal de la norma o no. Esto, sin embargo, no implica que la argumentación del voto de minoría fuera irrelevante, dado que para justificar el verdadero e ilegítimo fin de la norma impugnada recurrió a demostrar que dicha norma no es idónea para proteger al menor. Así las cosas, en base a la argumentación del voto de minoría, si aplicamos el test de proporcionalidad a la norma considerando como su fin el mantener la subordinación de las personas homosexuales, el fin es ilegítimo y el test no se supera, mientras si consideramos como fin la protección del menor, el fin es legítimo pero la norma es inadecuada para obtenerlo, no superando el test tampoco. En conclusión, una argumentación para acoger la inaplicabilidad de una norma en base a la distinción entre fines “simulados” y “disimulados” tiene sentido sólo en la medida en que el test se aplique

respecto de ambos y se haga, idealmente, de la forma más expresa posible, comprobando cómo el test no se supera en ninguno de los dos casos, porque si se supera en uno, entonces el ideal de optimización que inspira el test nos debería llevar a rechazar la inaplicabilidad, no a acogerla.

4.1.2.3. JUSTIFICAR LA ADECUACIÓN

4.1.2.3.1. ACTIVIDADES ESPECIALMENTE RIESGOSAS Y PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES

Como vimos anteriormente, el voto de mayoría sostiene que el fin de la norma es la protección del menor de edad, y en esta sección veremos cómo justifica la relación entre la penalización de esta conducta y la efectiva protección del menor. La argumentación del tribunal sigue el siguiente esquema (en negritas la argumentación que pretende justificar la adecuación):

- 1 Debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma N que prohíbe que miembros del grupo G_1 se involucren en la actividad A con miembros del grupo G_2 .
- 1.1a La norma N persigue un fin legítimo.
 - 1.1a.1a El fin de la norma N es la protección del grupo G_2 .
 - 1.1a.1b La protección del grupo G_2 es un fin legítimo.
- 1.1b **La norma N es adecuada para la protección del grupo G_2 .**
 - 1.1b.1a **El que miembros del grupo G_1 se involucren en la actividad A con miembros grupo G_2 es especialmente riesgoso.**
 - 1.1b.1b **El grupo G_2 es especialmente vulnerable a los riesgos de la actividad A.**
 - 1.1b.1c **Grupos distintos de G_2 no están en la misma posición de vulnerabilidad.**

Debo aclarar desde ya que dicha estructura me parece apropiada para justificar la idoneidad de la norma dado el fin determinado que se le atribuye. Lo que paso a analizar es cómo el voto de mayoría en la sentencia efectivamente justifica los elementos de la estructura que decide utilizar.

A) LA PENETRACIÓN ANAL PRODUCE DAÑOS O PERJUICIOS EN EL DESARROLLO PSICOSOCIAL DEL MENOR DE 18 AÑOS Y MAYOR DE 14

Esta línea argumentativa se encuentra en los considerandos decimoquinto y siguientes del voto de mayoría, representados en los argumentos 1.1.1c.1a al 1.1.1c.1a.1.1.1 de la estructura propuesta.

El daño al desarrollo psicosocial del menor que arguye el Tribunal Constitucional es la afectación del *libre* desarrollo de su identidad sexual, bajo el supuesto de que este tipo de relaciones sexuales implican para él un *grave riesgo de corrupción*.

Recordemos que la carga de la prueba en un conflicto constitucional que involucra el derecho de igualdad ante la ley implica necesariamente comparar los casos a los que se les aplica una carga de aquellos que no. Así, lo que esta magistratura nos está diciendo en su voto de mayoría en esta sentencia es que: 1) la penetración anal de un hombre mayor de 18 años a un menor de 18 años y mayor de 14 condiciona a este último de manera relevante en la libre determinación de su identidad sexual; 2) la misma conducta sexual (con un hombre o una mujer) en que el menor varón ejerza el rol activo no lo condiciona de manera relevante al momento de definir libremente su identidad sexual; 3) cualquier otra forma de relación sexual en que el menor se vea involucrado tampoco lo condiciona de manera relevante en esta determinación; 4) todo contacto sexual (no constitutivo de violación ni de estupro) en que participe una mujer menor de 18 años y mayor de 14 es incapaz de condicionarla de manera relevante al momento de definir libremente su identidad sexual. Podemos avanzar un paso más en esta interpretación, y es que si entendemos que el TC usa el término “identidad sexual” como sinónimo de “orientación sexual” (atracción sexual por determinados sujetos), y dado que todo indica que así es, debemos llegar a la conclusión que si una mujer menor de 18 y mayor de 14 años tiene relaciones sexuales de cualquier forma, sea con un hombre o una mujer mayor, eso nada dice respecto de la futura determinación de su orientación sexual, es decir, puede definirse como heterosexual, lesbiana, bisexual (o de cualquier otra forma), y esa definición es entendida por el TC como una definición libre. Un hombre menor de 18 y mayor de 14 años puede tener cualquier tipo de relación sexual con una mujer mayor, y el TC también ve la definición de su orientación sexual como libre. El mismo menor puede ser el sujeto activo o pasivo en una relación sexual con un hombre mayor, sea una penetración anal en que el menor ejerza el rol activo o una conducta distinta de la penetración anal, y el TC sigue viendo la definición de su orientación sexual como libre. Sin embargo, si el mismo menor es el sujeto pasivo en una penetración anal por un hombre mayor, entonces el TC no ve la definición de su orientación sexual como libre. ¿Es que el TC asume que necesariamente el menor se

definirá a futuro como homosexual (cosa que no justifica)? ¿Es que si eso es efectivo, esa definición no es atribuible a la libertad del propio menor?

¿Qué es lo que tiene de especial este tipo de relación sexual para justificar tales conclusiones? De acuerdo a la argumentación citada del TC, que para el menor “implica un grave riesgo de corrupción”. Nuevamente, como este es un conflicto constitucional que involucra el derecho de igualdad ante la ley, debemos concluir que para el TC, toda otra forma de contacto sexual (no constitutivo de violación ni de estupro) en que el menor se vea involucrado no implican para éste “grave riesgo de corrupción”, así como tampoco cualquier contacto sexual (con la misma restricción) respecto de una mujer menor de 18 y mayor de 14 años, incluyendo la penetración anal en que ejerza un rol pasivo. No podemos evaluar la justificación del TC para estas conclusiones, pues no la da, sino que la presume. Podemos, sin embargo, evaluar la aceptabilidad de este argumento (la corrupción del menor) por sí misma: ¿Qué significa “corrupción del menor” en este caso? Es necesario plantearnos la pregunta puesto que el TC usa el concepto sin dotarlo de contenido. Tenemos tres opciones para dotar a la expresión “corrupción” de contenido.

a) En el informe en derecho presentado por la parte requirente, como ya se ha señalado, elaborado por un conjunto de profesores de Derecho Penal de diversas escuelas de Derecho del país, se entrega una definición de “corrupción” del menor: “una perturbación del normal desarrollo de su capacidad de autonomía sexual” (Bascuñán et al., 2011, p. 78). Ahora, entendiendo que la “autonomía sexual” es la capacidad de decidir con quién y de qué forma se mantendrán relaciones sexuales, entonces su contenido es análogo, al menos en parte a “definir, con plena libertad, su propia identidad sexual”, frase usada por el TC en la misma argumentación. Así las cosas, la argumentación del TC en este punto se vuelve circular: afirma que el tipo de relaciones sexuales que tipifica el artículo 365 del Código Penal atenta contra la autonomía sexual del menor porque implica para él un grave riesgo de corrupción, y como la corrupción del menor es entendida en este contexto como su autonomía sexual, entonces tenemos como consecuencia la siguiente traducción: “esta relación sexual atenta contra su autonomía sexual porque atenta contra su autonomía sexual”.

b) Los profesores Jean Pierre Matus, Sergio Politoff y María Cecilia Ramírez (2007) definen los “delitos de corrupción de menores” como aquellos en que

el objeto de protección principal es la indemnidad sexual y también la honestidad, pero no la libertad sexual, lo que se refleja en el castigo, sin consideración a la voluntad del menor, de hechos donde intervienen menores de dieciocho años pero mayores de catorce – en principio facultados para disponer de su sexualidad (p. 279).

Bajo esta definición debemos entender la corrupción del menor como un atentado a su indemnidad sexual (excluimos en este caso la honestidad pues el delito de “violación sodomítica” no requiere de engaño alguno), y puesto que el TC en la sentencia en comento es expreso en definir la “indemnidad sexual” como “la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial del menor”¹¹, el resultado de esta alternativa interpretativa es nuevamente tautológico: el TC argumenta que “este tipo de relación sexual causa daños al desarrollo psicosocial del menor porque atenta contra la libre determinación de su sexualidad” y “atenta contra la libre determinación de su sexualidad porque causa daños a su desarrollo psicosocial”.

c) La tercera alternativa es considerar que, para el TC, la mera homosexualidad del menor es la corrupción que teme. Esta alternativa interpretativa tiene la virtud de evitar una argumentación circular y a su vez derrumba la argumentación de la mencionada magistratura. Hay razones para entender que es justamente este el parecer del TC. Por una parte, tenemos la argumentación que se ha citado previamente sobre “el verdadero fin de la tipificación de la sodomía” en el análisis de la legitimidad del fin. Por otra parte, de la propia diferencia de consideración del TC entre las relaciones sexuales heterosexuales y homosexuales se puede desprender esta valoración negativa de las últimas:

En el caso de un menor de 18 años y mayor de 14, que tenga una relación heterosexual, puede libremente tener relaciones íntimas con quien le parezca,

¹¹Argumento 1.1b.1b.1a

siempre que consienta en ello de manera libre y sin coacción. Es decir, se establece una diferenciación clara entre el acceso carnal homosexual y el acceso carnal heterosexual que (...) no vemos qué justificación puede tener, más que sostenerse dicha diferencia en que el legislador tuvo como “especialmente” peligrosa una relación homosexual para la indemnidad sexual del menor, al punto de considerarla como un factor de corrupción del mismo (Matus et al., 2007, p. 103).

Una opinión similar tiene el Profesor José Ángel Fernández (2016):

Recordemos que tampoco la sentencia del TC justifica porqué un menor homosexual hombre requiere de una especial protección penal en contraposición de los menores heterosexuales y lesbianas. Entonces, ¿cuál es la finalidad perseguida? Pareciese que nos encontramos ante la protección de una determinada moral sobre la sexualidad (p. 95).

Es decir, ante la falta de una argumentación coherente de cuál es efectivamente el daño que la conducta sexual descrita por el artículo 365 del Código Penal genera en el menor, podemos concluir que la sola homosexualidad (o siendo aún más específicos, tomar el rol pasivo en una relación sexual homosexual) es vista como la corrupción o el daño que el TC teme y del cual quiere proteger al menor.

Como conclusión, la argumentación del daño al desarrollo psicosocial del menor efectuada por el TC es deficiente, en primer lugar, por ambigua y carente de contenido y, en segundo lugar, porque al suplir ese contenido con desarrollo doctrinario, resulta evidente que la argumentación del tribunal o es circular y tautológica, o expresa una hostilidad respecto de las personas homosexuales, de tal modo que nos lleva a concluir que el fin que busca la tipificación de la “violación sodomítica” no es un fin legítimo. Llevando este análisis al campo de la teoría de la argumentación, el esquema argumentativo que el TC pretende utilizar es uno causal, arguyendo como generalización causal que dicha conducta sexual genera daños en el desarrollo psicosocial del menor, pero dicha generalización causal es un argumento inaceptable pues carece de justificación, y las únicas justificaciones posibles en base a la doctrina son o tautológicas o abiertamente discriminatorias. Así las

cosas, la argumentación del TC en el voto de mayoría de esta sentencia no logra comprobar un daño al desarrollo psicosocial del menor, y por lo tanto el criterio de adecuación que integra el test de proporcionalidad ha perdido una de las ramas que le daba sustento. Para comprobar si la adecuación ha terminado por quedar sin sustento alguno, corresponde analizar otra parte de la argumentación del TC. En palabras del profesor Antonio Bascuñán (2012):

Lo más notable del voto de mayoría, sin embargo, se encuentra en la indefinición del resultado perjudicial para el menor. ¿Cuál es ese daño? El intérprete de la sentencia tiene dos opciones: concluir que el daño es la misma homosexualidad o constatar que no hay descripción alguna del daño cuya evitación justificaría la prohibición. O sea, o bien el Tribunal Constitucional incurre en discriminación por razón de orientación sexual, o bien valida una prohibición penal que carece de fin de protección (p. 129).

B) ¿EN QUÉ SE DIFERENCIA ESTE TIPO DE RELACIÓN SEXUAL DE OTRAS QUE INVOLUCRAN A MENORES DE EDAD Y NO ESTÁN PENADAS POR LA LEY?

Esta línea argumentativa se encuentra en el considerando trigésimosegundo del voto de mayoría, representado en los argumentos 1.1.1c.1b al 1.1.1c.1b.1.1 de la estructura propuesta. Como también puede verse, esta argumentación es absurda: una relación lésbica que involucre a una menor púber y a una mayor de edad no daña el desarrollo psicosocial de la menor porque la mayor no tiene un pene.

Este argumento es irrelevante puesto que el TC nunca justifica el daño de una penetración consentida, y por otra parte, aún si concediéramos el daño, sería insuficiente, puesto que no justifica el trato diferenciado respecto de una penetración anal de un hombre mayor de edad a una mujer menor de 18 y mayor de 14 ni respecto de cualquier penetración, a un menor púber, hombre o mujer, con un objeto similar a un pene. En efecto, tal como señala Luciano Cisternas (2011), el TC,

[e]n primer lugar, centra su atención únicamente en la penetración anal, la cual entiende solo puede realizar otro hombre mediante su pene, excluyendo, como advierte el voto de disidencia, no solo a la mujer, sino a las penetraciones anales mediante objetos de similar contundencia (p. 183).

C) LA PENETRACIÓN ANAL PRODUCE UNA LESIÓN A LA DIGNIDAD DEL MENOR DE 18 AÑOS Y MAYOR DE 14.

Esta línea argumentativa se encuentra en el considerando trigesimotercero del voto de mayoría, representado en los argumentos 1.1.1c.2 al 1.1.1c.2.1.1 de la estructura propuesta. Cabe recordar nuevamente la carga de la prueba del voto de mayoría del TC según el test de proporcionalidad adaptado a conflictos constitucionales que involucran del derecho de igualdad ante la ley: puesto que el TC debe justificar la constitucionalidad de una diferencia de trato a la luz del derecho de la igualdad ante la ley, no sólo debe justificar que la penetración anal de un menor varón atenta contra su dignidad, sino que otros tipos de relaciones sexuales en que un menor, sea varón o mujer, se vea involucrado, no atenta contra esa dignidad.

El profesor Antonio Bascuñán (2012) critica este punto de la argumentación del tribunal, aunque a mi juicio, no de la mejor manera: señala respecto de la afirmación del TC en cuanto a que la penetración consentida del menor atenta contra su dignidad como ser humano, que esa consideración

obviamente hace suya una representación cultural arraigada desde la antigüedad, conforme a la cual el rol pasivo en el coito es incompatible con la masculinidad. Considerar sin embargo que en este contexto ésta es una razón válida para que la ley lo prohíba es algo muy distinto. Implica subordinar el reconocimiento de la dignidad humana a la conformidad con un estereotipo. Si esto no es discriminación, entonces nada lo es. Puede que los suscriptores del voto de mayoría compartan sinceramente ese prejuicio, pero su decisión debe basarse en razones constitucionales y no en la expresión de sus estados mentales. (pp. 128-129)

El error en que cae esta crítica es que atribuye una razón determinada a la afirmación del TC de que la penetración consentida del menor atenta contra su dignidad: la razón de ser incompatible con su masculinidad (razón que bien el profesor considera como completamente irrelevante respecto a la dignidad humana). Como muestro en la estructura argumentativa del voto de mayoría expuesta más arriba, el TC no menciona en ningún momento esa razón. Si bien concuerdo con el profesor Bascuñán respecto a que esa puede ser la motivación interna de los jueces que suscriben el voto, no tengo razones para considerar esa razón como una justificación de la sentencia.

El TC establece una razón para justificar el atentado a la dignidad que, en principio, no tiene nada que ver con la masculinidad. Como expresa la estructura argumentativa expuesta, la razón que esgrime es la siguiente: “[q]ue el agresor tenga una relación sodomítica con el menor como vía para reafirmar su particular opción sexual implicaría que el menor de edad pase a ser un simple medio u objeto para satisfacer la autodeterminación sexual del varón mayor de edad”¹². Esta razón, sin embargo, no es menos digna de reproche que la aducida por Bascuñán. Como señalé respecto a la carga de la prueba del TC, sus razones deben expresar diferencias entre el tipo de relación sexual criminalizado y los no criminalizados. Bajo esa perspectiva, la única forma de considerar la argumentación del voto de mayoría como relevante es desprender de ese argumento que, mientras la penetración consentida del menor es necesariamente una (o indicativa de una) objetivación de éste por parte del mayor de edad (es decir, que lo considere como un simple medio para satisfacer sus deseos), las otras relaciones sexuales consentidas en que un menor o una menor de 18 años y mayor de 14 tome parte (todas las heterosexuales, todas las lésbicas, las homosexuales masculinas no penetrativas y las penetrativas en que el menor tome un rol activo) no son (o no son indicativas de) una objetivación del menor por parte del mayor de edad. Sin embargo, una relación sexual (involucre o no a un menor de edad) puede tener variadas motivaciones (sean o no las mismas en cada uno de los participantes): una profunda relación sentimental, el deseo de experimentar, satisfacer el ego, el puro placer, etc. El TC, a mi juicio, se sustenta en dos presunciones arbitrarias: por una parte, considera que el sexo por el puro placer sin profundas motivaciones sentimentales atenta contra la dignidad humana, y por otro, que necesariamente la relación homosexual masculina (o al

¹²1.1b.1c.2.1.1

menos la penetrativa en que el menor cumple un rol pasivo) es una relación superficial, en que el mayor de edad carece del más mínimo interés por el menor, considerándolo un mero objeto, presunción que no hace respecto de las relaciones heterosexuales o lésbicas. En palabras de Bascuñán, si esto no es discriminación, entonces nada lo es.

En conclusión, la argumentación del TC que justifica que la penetración consentida del menor atenta contra su dignidad es por una parte inaceptable (puesto que la objetivación del menor no se justifica de ninguna manera) y por otra, es irrelevante, porque no hay ninguna relación entre el sexo por placer y la dignidad humana.

D) LA VOLUNTAD DEL ADOLESCENTE NO BASTA

Esta línea argumentativa se encuentra en los considerandos vigésimoctavo y trigésimotercero del voto de mayoría representados en los argumentos 1.1.1c.1c al 1.1.1c.1c.1.1 de la estructura propuesta. En primer lugar, tenemos que reconocer que este argumento, “la voluntad de la víctima no es garantía suficiente de la eliminación del menoscabo que, claramente, experimenta”, es expresamente coordinado respecto a los argumentos que pretenden probar el daño que el acceso carnal consentido causa al menor, sea el daño a su desarrollo psicosocial o sea el atentado a su dignidad. En la medida en que esos argumentos ya han sido considerados, al menos, inaceptables por a) no estar justificados o b) sus justificaciones no estar justificadas (puesto que, como se ha visto, no tenemos por qué concordar con este tipo de afirmaciones) o ser abiertamente discriminadoras, entonces este argumento es insuficiente: no tiene sentido plantearse que la voluntad del menor no es garantía para eliminar el menoscabo que experimenta si en realidad no experimenta ningún menoscabo.

Ahora, el segundo argumento en esta cadena, “el consentimiento de un menor de 18 años y mayor de 14 no puede tener el mismo alcance que el de un mayor de edad”, es aceptable pero irrelevante. El consentimiento de un menor de 18 años y mayor de 14 (hombre o mujer) no puede tener el mismo alcance que el de un mayor de edad, de hecho, legalmente no lo tiene, como bien se contextualizó al inicio de este capítulo: la voluntad del menor impúber (menor de 14) no tiene relevancia alguna para la punición de quien tenga con éste un contacto sexual, el consentimiento del menor de 18 años y mayor de 14 es en principio suficiente para excluir la punición del contacto sexual que con él o ella se tenga,

salvo que concurra una de las circunstancias abusivas del delito de estupro, y finalmente el consentimiento del mayor de edad en la relación sexual es a todo evento suficiente para excluir la punición de ese contacto. En palabras del informe en derecho suscrito por 14 profesores de Derecho Penal y presentado por la parte requirente:

El particular estatuto del menor púber ante la ley penal se explica por dos consideraciones. En primer lugar, que el desarrollo de la capacidad de autonomía sexual del menor púber no es incompatible con la experiencia sexual previa a la adquisición de plena autonomía; por el contrario, es mediante la adquisición progresiva de experiencia sexual como el menor desarrolla gradualmente su capacidad de autonomía sexual. En segundo lugar, que el estado todavía en desarrollo de la capacidad de autonomía sexual del menor púber lo hace especialmente vulnerable. La primera consideración justifica el reconocimiento de la relevancia de su consentimiento, por contraste con los impúberes; la segunda consideración justifica la mayor extensión de la protección penal, por contraste con los adultos. (Bascuñán et al., 2011, p. 88)

Este argumento (el consentimiento prestado por un menor de 18 años y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta), entonces, es irrelevante porque el TC no debe probar, en este caso, un trato diferenciado respecto de los mayores de edad, sino que el hecho de que al menor varón púber que consiente en ser accedido carnalmente se lo trate como a un impúber, es decir, no se lo proteja como al resto de los púberes (reconociendo efectos a su voluntad), sino que como a los impúberes (no reconociendo a su voluntad valor alguno).

El tercer argumento, “el menor púber no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar”, puede cuestionarse por inaceptable y es definitivamente irrelevante. Puede cuestionarse por inaceptable (aunque no afirmo a ciencia cierta que lo sea) porque el TC no lo justifica y no parece descabellado dudar de que un menor de 18 y mayor de 14 desconozca las consecuencias de una relación sexual. Es irrelevante porque, aun si no las conociera, la propia ley no considera este factor cuando otorga efectos al consentimiento de los y las menores púberes para cualquier relación

sexual distinta del acceso carnal entre dos hombres donde un mayor de edad ejerce el rol activo y el menor púber el rol pasivo. ¿Es que el TC asume que los menores púberes conocen las consecuencias de toda relación sexual salvo de precisamente esa? Parece que la ley reconoce, de hecho, el argumento del informe en derecho transcrito recién: “que el desarrollo de la capacidad de autonomía sexual del menor púber no es incompatible con la experiencia sexual previa a la adquisición de plena autonomía; por el contrario, es mediante la adquisición progresiva de experiencia sexual como el menor desarrolla gradualmente su capacidad de autonomía sexual”. Así las cosas, el TC no aporta ninguna razón para considerar al menor púber homosexual como a un impúber para efecto de consentir en su acceso carnal por un mayor de edad, desconociendo todo efecto a su voluntad, en circunstancias que este trato no se da a menores mujeres respecto a la misma conducta sexual, ni a menores púberes independiente del sexo respecto de otras conductas sexuales. El TC parece nuevamente en este argumento depender de que esta conducta sexual sea especialmente vejatoria para el menor y las otras no, pero esto no lo justifica, tal como previamente hemos visto.

4.1.2.3. NECESIDAD

El cumplimiento de este requisito no es argumentado en la sentencia.

4.1.2.4. PROPORCIONALIDAD

4.1.2.4.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El argumento relativo al *interés superior del niño* es un caso digno de considerar. Esta línea argumentativa está representada en los argumentos 1.1.1e.1 al 1.1.1e.1.1.1.

Muchas de las críticas que se hicieron a la doctrina de Alexy respecto a su teoría de la ponderación de los derechos fundamentales tenían que ver con el hecho de que la afirmación de que los derechos fundamentales se ponderan implica sacarlos del mundo del derecho, pues no existen criterios jurídicos objetivos para ponderar principios. El interés superior del niño es un caso especialísimo, pues constituye un criterio jurídico objetivo para

ponderar. Este criterio consiste en que ante valores en disputa, donde uno de ellos sea el interés de una persona menor de 18 años (pues es ese el rango de edad que protege la Convención sobre los Derechos del Niño según su artículo 1), debe resolverse a favor de este valor. En otras palabras, una norma que afecte derechos fundamentales será proporcional en tanto dicha afectación se justifique en el interés superior del niño.

Debemos notar que, además, en el caso que motiva el requerimiento cuya sentencia analizo, todos los principios en conflicto son de rango constitucional. De acuerdo al voto de mayoría, por una parte tenemos el derecho a la igualdad ante la ley del adulto, y por otra la integridad física y psíquica del menor, de tal modo que en virtud del interés superior del niño, debemos inclinarnos por este, es decir, sacrificar el derecho de igualdad ante la ley frente a la integridad del menor. Esta argumentación me parece apropiada.

El problema con esta argumentación es que la aplicación del interés superior del niño como criterio de ponderación presupone que dicho interés esté en riesgo, lo que el voto de mayoría pretende probar alegando la afectación a la integridad física y psíquica y la dignidad del menor, como hemos visto previamente en el análisis de esta sentencia. Sin embargo, como también hemos visto, la argumentación que el voto de mayoría ofrece para justificar estas afectaciones es deficiente por diversas razones, de tal manera que dichas afectaciones no están justificadas. Así las cosas, el voto de mayoría no logra demostrar que existe un conflicto entre derechos fundamentales que resolver, y por lo tanto, el argumento del interés superior del niño es insuficiente.

4.2. SENTENCIA ROL N° 1.881-10-INA, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL, EN SU FRASE QUE INDICA QUE EL MATRIMONIO ES UN CONTRATO “ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER”.

El voto de mayoría en esta sentencia lo suscriben los ministros Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado,

Gonzalo García Pino, y el presidente del Tribunal Constitucional, Raúl Bertelsen Repetto. El voto disidente lo suscribe el ministro Hernán Vodanovic Schnake. Hay que notar, pese a la abrumadora mayoría de ministros que acuerdan rechazar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (9 de 10), que manifiestan su acuerdo tan sólo en eso (rechazar el requerimiento), mas no en la constitucionalidad del precepto impugnado. En efecto, el voto de mayoría está compuesto por 9 considerandos, que expresan tan sólo dos razones para rechazar el requerimiento, ninguna de las cuales se refiere a la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil: 1) la reserva legal y 2) la impugnación de un estatuto jurídico complejo. Ambas razones se analizarán en el capítulo 5.

Aun cuando concuerdan con rechazar el requerimiento, los ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino manifiestan en su voto particular una argumentación tendiente a demostrar la inconstitucionalidad de la norma, pero señalan que corresponde al legislador y no al TC incluir a las parejas homosexuales en el matrimonio o regular sus relaciones de otra forma. Esto último será analizado en el capítulo 5 como parte del argumento de “reserva legal”.

La argumentación que se analizará a continuación versa sólo sobre los motivos que los ministros que suscriben votos concurrentes (Venegas, Navarro, Aróstica, Bertelsen y Peña) dan a favor de la constitucionalidad de la norma.

4.2.1 VOTO DE LOS MINISTROS VENEGAS, NAVARRO Y ARÓSTICA

4.2.1.1 ESTRUCTURA

1 [El artículo 102 del Código Civil no vulnera el derecho de igualdad ante la ley]

1.1 [La diferencia de trato que establece no es arbitraria]

[1.1.1a Se basa en diferencias objetivas]

1.1.1b Dicha diferencia de trato persigue un fin legítimo

1.1.1b.1 Es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre

varón y mujer (motivo 9)

1.1.1b.1' La ley legítimamente ha estimado relevantes esas diferencias (motivo 9)

1.1.1b.1'.1 Así ocurre en la legislación laboral y previsional (motivo 9)

1.1.1b.1'.2 Habida consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada (motivo 9)

[1.1.1c Dicha diferencia de trato es adecuada para la obtención de sus fines]

[1.1.1d Dicha diferencia de trato es necesaria para la obtención de sus fines]

[1.1.1e Dicha diferencia de trato no genera efectos desproporcionados]

4.2.1.2. ANÁLISIS

Cabe recordar que el voto de mayoría de esta sentencia contiene dos argumentaciones para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sometido al conocimiento del TC, pero que no tienen relación con la justificación de un requisito específico del test de proporcionalidad, sino que su relevancia respecto del rechazo pretende ser independiente de dicho test. Estas argumentaciones son “el matrimonio heterosexual como realidad social” y “la diferencia de sexo como principio estructural esencial que inspira el matrimonio”, y serán analizadas en el capítulo 5 de esta tesis, por lo que ahora me dedicaré únicamente al análisis de aquellas argumentaciones del voto de mayoría que pretenden comprobar algún requisito del test de proporcionalidad.

4.2.1.2.1. DIFERENCIA OBJETIVA

Esta sentencia no justifica dicho requisito.

4.2.1.2.2. FIN LEGÍTIMO

4.2.1.2.2.1. LEGITIMIDAD COMPARADA

El numeral 9 del voto concurrente de estos ministros sostiene en su primera parte: “la disposición objetada, al reservar la celebración del matrimonio sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es

ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias, como ocurre, por ejemplo, en la legislación laboral y previsional”. Frente a este pasaje hay dos opciones: el referirse a la legislación laboral y previsional se considera como un dato sin ninguna función argumentativa, o se considera como una suerte de argumento analógico mediante el cual la legitimidad de considerar como relevante la diferencia de sexos en dichas legislaciones es una razón para la legitimidad de la misma consideración en el contexto del matrimonio. He tomado la segunda vía en virtud de un análisis máximamente argumentativo; considerar un pasaje como argumento cuando no lo era es un riesgo preferible a no considerarlo como argumento cuando sí lo era¹³. Siendo, entonces, el pasaje considerado como argumento, es un argumento irrelevante, porque la relevancia de algo no es una cualidad que pueda predicarse absolutamente, sino relativamente a otra cosa determinada. Por ejemplo, usando las mismas “diferencias naturales entre varón y mujer”, aun si concediéramos que son relevantes para contraer matrimonio, para materia laboral y previsional, como el TC pretende, es absurdo desprender de ello que esas diferencias sean relevantes para el reconocimiento del derecho a voto, del derecho a la vida o del derecho a la educación. En pocas palabras, si algo es importante para un fin determinado, no se sigue que lo sea para otro distinto. Pero el argumento es además irrelevante por otra razón, porque que el legislador haya considerado relevantes “las diferencias naturales entre varón y mujer” en materia laboral y previsional no implica que lo haya hecho justificadamente, es así como actualmente tenemos posnatal masculino y se combate la brecha previsional entre hombres y mujeres, justamente porque el legislador asume que “las diferencias naturales entre varón y mujer” no justifican ni un sueldo diferenciado por una misma labor ni la exclusividad de la madre como cuidadora de sus hijos.

4.2.1.2.2.1. LITERALIDAD DE LA NORMA

Este argumento, contenido en el numeral 9 del voto concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica de la sentencia ROL 1881-10-INA del Tribunal Constitucional, sostiene la relevancia de la diferencia de sexo para contraer matrimonio en virtud de los fines de éste

¹³ van Eemeren, F., & Grootendorst, R. (2002). *Argumentación, Comunicación y Falacias. Una perspectiva pragmático-dialéctica*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

establecidos en el mismo artículo 102 del Código Civil. El argumento no explica cuál de los fines no puede cumplir una pareja del mismo sexo ni por qué sostiene aquello. Los fines del matrimonio establecidos en el artículo 102 del Código Civil son “vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. Como es evidente que las parejas del mismo sexo pueden naturalmente vivir juntos y auxiliarse mutuamente, debemos entender que lo que los ministros pretendían decir es que no pueden procrear, y por lo tanto no deberían poder casarse, pues uno de los fines del matrimonio es procrear. Este argumento tiene las siguientes fallas.

La primera falla es que incluso desde antes del 2010 ya existían métodos para que dos personas del mismo sexo pudieran procrear (es decir, según la RAE, engendrar un individuo de la misma especie), es cierto, artificialmente, pero nada en la norma parece hacer diferencia respecto de métodos naturales o artificiales.

La segunda falla viene de algo que ya comenté en el capítulo 2 de esta tesis, la dualidad de tests de proporcionalidad. Como vimos, de acuerdo a los votos de minoría de las sentencias analizadas en esta tesis, al analizar la constitucionalidad de una norma que ejerce un trato diferenciado entre distintas personas en base a una categoría sospechosa de discriminación, debemos aplicar un test estricto de proporcionalidad que, de acuerdo al modelo propuesto en esta tesis y basado en las jurisprudencias de los altos tribunales argentino y mexicano, requiere que el fin perseguido por la norma sea un mandato constitucional. Como el artículo 102 del Código Civil ejerce un trato diferente en base al sexo y la orientación sexual, ambas categorías sospechosas de discriminación, cabe en este caso aplicar el test estricto de proporcionalidad, y como la realización de la procreación dentro del matrimonio no es un mandato constitucional, basta tal circunstancia para rechazar la constitucionalidad de requerir la diferencia de sexo para contraer matrimonio. Como también vimos, ninguno de los votos de mayoría hace mención alguna respecto a una dualidad de tests de proporcionalidad ni a cuál es el test que se encuentra aplicando. Si no aplicáramos el test estricto sino el de razonabilidad, tendríamos como consecuencia que el fin de la diferencia de sexo como requisito del matrimonio presente en el artículo 102 del

Código Civil debe, al menos, no ser contrario a algún mandato constitucional, cosa que a primera vista parece cierta¹⁴.

Un tercer problema, y el más relevante para este momento, es que los ministros Venegas, Navarro y Aróstica sostienen que procrear es uno de los fines del matrimonio porque el artículo 102 del CC lo dice, pero lo que la ley diga es insuficiente para probar lo que las cosas son, incluso jurídicamente. Para aclarar este punto citaré al profesor Fernando Muñoz (2016) de la Universidad Austral:

Lo que importa en la realidad del derecho no es lo que diga la ley sino lo que hace la ley; y esa acción se evidencia en el establecimiento de efectos jurídicos, esto es, en la producción, modificación, y extinción de vínculos jurídicos (derechos, deberes, potestades, etcétera). Pongamos un ejemplo: si la ley dice que Chile es una república democrática pero no establece procedimientos para elegir periódicamente a las autoridades ni tampoco establece libertades políticas invocables como límites al poder político (situación en la que Chile vivió efectivamente desde la entrada en vigencia de la Constitución el 11 de marzo de 1981 hasta el 11 de marzo de 1990), entonces la conclusión, jurídicamente hablando, es que Chile no es una república democrática sino una dictadura (Muñoz, 2016, p. 4)

Si lo que la ley dice fuese suficiente para describir la realidad jurídica, entonces no sólo deberíamos concluir que el Chile de entre los años 1981 y 1990 era una democracia (pues la constitución vigente sostenía que Chile era una república democrática), sino también, en virtud del mismo artículo 102 del CC, que el matrimonio es un contrato indisoluble, en circunstancias que desde el año 2004 en Chile existe el divorcio vincular, cuyo efecto es, precisamente, disolver el matrimonio. ¿Cómo se justifica, entonces, que la norma impugnada diga que es indisoluble? Pues en el momento de la dictación del CC no existía divorcio vincular. ¿Y qué ocurre con el fin de procrear? En 1845

El Código decía, en su artículo 103, que “Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído”, y

¹⁴En realidad sostengo que atenta contra la igualdad ante la ley, pero como esa es la conclusión a la que pretendo llegar, no puedo usar la misma afirmación como argumento. Veremos en los siguientes párrafos como esa afirmación se sostiene.

señalaba inmediatamente que “La lei [sic] civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; i [sic] toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia i [sic] conceder dispensa de ellos”. Ahora bien, precisamente uno de los “impedimentos” matrimoniales contemplados por la regulación canónica –es decir, una de las circunstancias de hecho que impedían contraer matrimonio, y que, de ser descubierta posteriormente, permitía a la autoridad declarar la nulidad del matrimonio contraído por quien estaba afectado por tal impedimento– consistía en la incapacidad de procrear, denominada por el derecho canónico como “impedimento de impotencia antecedente y perpetua” (Muñoz, 2016, p. 6).

Desde la dictación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil del 2004, este impedimento por incapacidad de procrear ya no existe. Si el procrear siguiera siendo un fin del matrimonio, ¿qué sentido tiene permitir casarse a personas que de hecho, no pueden procrear, como aquellas infértiles o de la tercera edad? Por lo anterior es que decir que procrear es un fin del matrimonio es tan jurídicamente absurdo (en tanto personas que no pueden procrear pueden casarse) como decir que el matrimonio es indisoluble (en tanto jurídicamente se puede disolver mediante el divorcio vincular). Así las cosas, el argumento respecto a los fines del matrimonio no es sólo irrelevante por tener un sustento legal y no constitucional, sino que también inaceptable, pues incluso el procrear no es jurídicamente un fin del matrimonio.

4.2.1.2.3. Adecuación

El cumplimiento de este requisito no se argumenta en la sentencia.

4.2.1.2.4. Necesidad

El cumplimiento de este requisito no se justifica en la sentencia.

4.2.1.2.5. Proporcionalidad

El cumplimiento de este requisito no se justifica en la sentencia.

4.2.2 VOTO DEL MINISTRO RAÚL BERTELSEN REPETTO

4.2.2.1. ESTRUCTURA

1 El artículo 102 del Código Civil no vulnera el derecho de Igualdad ante la Ley

1.1 La diferencia de trato que establece no es arbitraria¹⁵

[1.1.1a Se basa sobre diferencias objetivas]

1.1.1b Persigue un fin legítimo

[1.1.1b.1 Su fin es dar reconocimiento a una de las instituciones sociales más antiguas que siempre ha estado presente en los ordenamientos en que el derecho chileno tiene sus raíces]¹⁶ (Consideración 4)

1.1.1b.1.1 Esos ordenamientos han concebido tradicionalmente al matrimonio como una unión de vida entre hombre y mujer, siendo indiscutible hasta época muy reciente la imposibilidad de su celebración entre personas del mismo sexo (consideración 4)

1.1.1b.1.1.1a Así ocurría en el Derecho Romano (consideración 4)

1.1.1b.1.1.1a.1 Según Modestino (consideración 4)

1.1.1b.1.1.1a.2 También según Justiniano (consideración 4)

1.1.1b.1.1.1b Así ocurría en el Derecho Castellano Medieval (consideración 4)

1.1.1b.1.1.1b.1 Según las Partidas (consideración 4)

1.1.1b.1.1.2 Es obvio (consideración 5)

1.1.1b.1.1.2.1 Históricamente, por su evidencia, no ha necesitado de argumentación alguna (consideración 5)

1.1.1b.1.1.2.1.1 Según el jurista español Rafael Navarro Valls (consideración 5)

[1.1.1b.1' Ese fin es legítimo]

1.1.1b.2 Su fin es la procreación (consideración 6)

[1.1.1b.2' Ese fin es legítimo]

1.1.1b.2'.1 La legislación se encuentra en conformidad con tratados internacionales de derechos humanos (consideración 7)

¹⁵ En varios considerandos Raúl Bertelsen Repetto se dedica a mostrar que el matrimonio es una institución muy antigua y siempre ha sido entre un hombre y una mujer.

¹⁶ Si bien jamás menciona esta premisa, es la única forma de que los argumentos respecto a la historia de la institución tengan sentido en la estructura.

- 1.1.1b.2'.1.1 Por ejemplo, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio”, mientras que en el elenco de los otros derechos utilizan los términos genéricos “toda persona” o “todo ser humano” para referirse a sus titulares (consideración 7)

[1.1.1c Es adecuada para la obtención de su fin]

- [1.1.1c.1 Reservar el acceso al matrimonio sólo a las parejas de distinto sexo y excluirla las del mismo sexo permite la procreación]

- 1.1.1c.1.1 Sólo la unión carnal entre ellas es la que, naturalmente, puede producir procreación (consideración 6)

[1.1.1d Es necesaria para la obtención de dicho fin]

- 1.1.1d.1 El matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer (consideración 5)

- 1.1.1d.1.1 Dada la finalidad que persigue (consideración 5)

- 1.1.1d.1.1.1 Según la doctrina (consideración 5)

- 1.1.1d.1.1.1.1 Así lo sostiene Somarriva (consideración 5)

- 1.1.1d.1.2 Tan esencial es la diferencia de sexo que ello constituye no sólo un requisito de validez, sino de existencia (consideración 5)

[1.1.1e No causa efectos desproporcionados]

4.2.2.2 ANÁLISIS

4.2.2.2.1. DIFERENCIA OBJETIVA

El cumplimiento de este requisito no se justifica en la sentencia.

4.2.2.2.2. FIN LEGÍTIMO

4.2.2.2.2.1. LA ANTIGÜEDAD DE UNA INSTITUCIÓN

Este argumento se encuentra en el numeral 4 del voto concurrente del ministro Bertelsen en la sentencia ROL 1881-10-INA del Tribunal Constitucional. Si bien esta argumentación no explícita que la antigüedad de la institución del matrimonio (y el hecho que siempre haya sido entre un hombre y una mujer) sea una razón por la cual perseguir la mantención de sus características sea un fin legítimo, la única forma de entender el motivo de por qué el ministro Bertelsen dedicó tanto espacio en su voto concurrente para justificar esta antigüedad, es atribuirle dicha función argumentativa¹⁷. Veremos ahora por qué dicha línea argumentativa es deficiente.

En primer lugar no hay nexo lógico alguno entre que algo sea antiguo y que sea valorable. Así, por ejemplo, no porque la esclavitud o el patriarcado se hayan practicado por milenios significa entonces sean buenos. Ese salto lógico es suficiente para que el argumento sea irrelevante para probar la legitimidad del fin, pero hay que recordar que puesto que analizamos la calidad del argumento en un contexto jurídico, entonces la relevancia debe ser analizada también desde esa perspectiva. La antigüedad de la heterosexualidad del matrimonio desde un punto de vista jurídico es también irrelevante porque la legitimidad del fin de la norma en el test de proporcionalidad, tal como se ha planteado reiteradamente, debe evaluarse en términos constitucionales, y si la antigüedad de una institución nada dice de su valor en términos comunes, menos aún en términos constitucionales, dado que no hay nada en nuestra CPR que haga siquiera suponer que existe algo así como un “principio de antigüedad” de rango constitucional, contrario a lo que ocurre con el derecho de igualdad constitucional, que no tiene contrapeso de su mismo rango en la argumentación del ministro Bertelsen.

4.2.2.2.2. TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Este argumento se encuentra en el numeral 7 del voto concurrente del ministro Bertelsen. Se refiere a la legitimidad del fin de la norma impugnada en virtud de su concordancia con tratados internacionales de Derechos Humanos, en específico el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana

¹⁷Cabe notar que Bertelsen parece asumir el test de proporcionalidad como marco de análisis al señalar en el numeral 3 de su voto concurrente que “como es sabido, la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre distintas personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga”.

de Derechos Humanos, que “reconocen “el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio”, mientras que en el elenco de los otros derechos utilizan los términos genéricos “toda persona” o “todo ser humano” para referirse a sus titulares”. Esta argumentación es inaceptable dado que ambos artículos citados no nos permiten concluir que el derecho a contraer matrimonio sólo se otorgue a matrimonios entre personas de distinto sexo, dado que aun cuando usan las palabras “hombre y mujer” y no “personas”, ninguno de sus términos hace referencia a que el matrimonio lo contraigan “entre sí”, “el uno con el otro” o cualquier expresión análoga. Por otra parte, la interpretación de dichas normas por el voto de mayoría peca de originalista, pues entre la dictación de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el año 2011, el contexto jurídico ha cambiado radicalmente, lo que es relevante en virtud de una idea para la cual citaré la sentencia del Caso Atala Riffo Y Niñas VS. Chile, de 24 de febrero de 2012. Dicha sentencia es relevante para este análisis por dos razones. Primero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que “[l]a Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y que “[t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, de 24 de Febrero de 2012, 83). Segundo, dicha Corte concluye que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación citando afirmaciones concordantes de una serie de organismos internacionales de Derechos Humanos tales como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura, etc. Sumando esas dos afirmaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos concluir que la argumentación originalista del voto de mayoría en la sentencia en comento es insuficiente para sostener una “naturaleza heterosexual del matrimonio” (y por lo tanto la legitimidad de vedar su celebración a parejas del mismo sexo) atribuible a tratados internacionales de Derechos Humanos.

4.2.2.2.3. ADECUACIÓN

4.2.2.2.3.1. PROCREACIÓN Y MATRIMONIO

No he identificado en este caso un esquema argumentativo dado que la argumentación entregada obedece específicamente a la materia que se trata, es decir, es aplicable únicamente a la exclusión de parejas del mismo sexo del matrimonio, y únicamente bajo el argumento de su incapacidad de procrear, tal como se expresa en la estructura ya propuesta del voto concurrente en comento, de modo que para referencias nos bastará aquella.

Esta argumentación parte de la base de los argumentos 1.1.1b.2 al 1.1.1b.2.1.1, para cuyo análisis basta con reiterar el realizado respecto del voto concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica, en su argumento 1.1b.1b.1'.2, cuyo contenido es el mismo. El voto de Bertelsen toca la procreación tanto respecto a la legitimidad del fin del artículo 102 del CC como a su adecuación y necesidad para su obtención. Podemos decir que, en tanto el fin de la norma impugnada es ilegítimo, su adecuación y necesidad para la obtención de dicho fin es insuficiente, por lo que el resto de la argumentación del ministro Bertelsen lo es también, sin importar su contenido. Sin embargo, asumiré la carga de refutar dicha argumentación por sí misma, independiente del análisis ya realizado respecto de la legitimidad del fin del artículo 102 del CC.

El argumento 1.1.1c.1.1 establece que “sólo la unión carnal entre ellas [dos personas de sexo opuesto] es la que, naturalmente, puede producir procreación”. He interpretado esta afirmación como un intento de justificar la adecuación de excluir a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio para resguardar la procreación. Ahora, ¿qué implica “resguardar” la procreación? La pregunta es relevante por cuanto el ministro Bertelsen nada dice respecto a cómo es que la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo se relaciona con la procreación. Para explicar esto de una mejor manera, expondré sus diversas interpretaciones posibles:

a) “Excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio asegura la procreación en el matrimonio”. Este argumento es inaceptable, por cuanto incluso si todo matrimonio es

heterosexual, se pueden dar diversas situaciones en que marido y mujer no procreen, sea porque a) prefieren adoptar, b) deciden no tener hijos, c) uno o ambos tienen problemas de fertilidad, d) uno o ambos son personas de la tercera edad. Así las cosas, excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio no asegura la procreación dentro de los matrimonios efectivamente celebrados.

b) “Excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio permite que en los matrimonios efectivamente celebrados sea al menos posible la procreación”. Esta argumentación es también inaceptable dado que, como se ha mencionado previamente, desde el año 2004 no existe impedimento legal alguno para que personas con problemas de fertilidad contraigan matrimonio, así que aún excluyendo a parejas del mismo sexo de la institución, ciertamente no todos los matrimonios efectivamente celebrados tienen la capacidad de procrear.

c) “Excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio asegura o hace posible la procreación”. Agrupo estas dos versiones del argumento dado que el punto central en que se sustenta su inaceptabilidad no es en el grado de probabilidad de la procreación, sino en que la procreación no tiene relación alguna con el matrimonio. Por mucho que se parezca esta refutación con las dos anteriores, es distinta: no se sustenta en que la procreación no sea esencial al matrimonio (en el sentido de indispensable), sino, al contrario, en que el matrimonio no es esencial (en el mismo sentido) para la procreación. En efecto, se puede procrear fuera del matrimonio, cosa que en la actualidad es, de hecho, recurrente. En ese sentido, procrear es perfectamente posible y probable con independencia del matrimonio, y esta institución no dota a la procreación de una mayor probabilidad (de hecho, este punto está completamente ausente en la argumentación del ministro Bertelsen). Por otra parte, si analizamos el punto respecto de las personas homosexuales, el hecho de que se les impida casarse no hace más probable que procreen. No es que en la actualidad el matrimonio sea el punto cúlmine de la realización humana, de tal forma que una persona ignore su atracción sexual y afectiva hacia personas de su mismo sexo sólo para casarse, y entonces procrear. Lo más probable es que simplemente no se case y viva relaciones afectivas y sexuales con personas del mismo sexo sin el amparo de la institución del matrimonio, y sin procrear igualmente. De esta forma, la exclusión de parejas del mismo sexo del matrimonio es

inadecuada para asegurar, promover o hacer posible la procreación.

Como refutación adicional a todas las interpretaciones del argumento expuestas recién, las parejas homosexuales no son infértiles, y por lo tanto pueden incluso dejar descendencia, sea procreando con otras personas y criando juntos como a través de técnicas de reproducción asistida. Así las cosas, el argumento tendiente a la adecuación de la norma impugnada para obtener la procreación es inaceptable por todas las razones expresadas anteriormente, y además irrelevante en tanto el fin de procrear no es jurídicamente atribuible al matrimonio; además, dado que una norma inadecuada para obtener un fin menos aún puede ser necesaria para ello, el ministro Raúl Bertelsen Repetto no logra probar tampoco el cumplimiento del requisito de necesidad de la norma.

4.2.2.2.4. NECESIDAD

El cumplimiento de este requisito no se justifica en la sentencia.

4.2.2.2.5. PROPORCIONALIDAD

El cumplimiento de este requisito no se justifica en la sentencia.

4.2.3. VOTO CONCURRENTES DE LA MINISTRA MARISOL PEÑA

4.2.3.1. ESTRUCTURA

1 El artículo 102 del Código Civil no vulnera la igualdad ante la ley¹⁸

[1.1 La diferencia de trato que establece no es arbitraria]

[1.1.1a Se basa en diferencias objetivas]

[1.1.1b Persigue un fin legítimo]

1.1.1b.1 Uno de sus fines es procrear, es decir, el proceso completo por el cual se trae un nuevo individuo al mundo (consideración 3)

¹⁸ Este voto también desarrolla dos argumentos que me parecen del todo irrelevantes y por lo cual no tienen cabida en esta estructura: 1) la familia es el núcleo esencial de la sociedad y 2) El matrimonio es un derecho humano.

1.1b.1b.1.1 Según el propio artículo 102 del CC (consideración 3)

[1.1.1c Es adecuada para la consecución de ese fin]

[1.1.1d Es necesaria para la consecución de ese fin]

1.1b.1d.1 El matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la CPR¹⁹ (consideración 3)

1.1b.1d.1.1 Muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del código civil asigna al matrimonio, pero particularmente con la de procrear (consideración 3)

1.1b.1d.1.1.1 La familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo (consideración 3)

1.1b.1d.1.1.1.1 La procreación sólo puede ser lograda a través de la unión de dos células, masculina y femenina, como las que se encuentran en el acto carnal entre un hombre y una mujer (consideración 3)

[1.1b.1e No genera consecuencias desproporcionadas]

4.2.3.2. ANÁLISIS

Todos los argumentos que ofrece esta ministra se encuentran ya expuestos y analizados en los dos votos anteriores.

4.3. SENTENCIA ROL N° 2.681-14-INA, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2014, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL NÚMERO 4° DEL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.

Esta sentencia rechaza el requerimiento de inaplicabilidad, pero no por mayoría, sino por empate de votos. El artículo 93 n°6° de la CPR dispone que es una facultad del TC “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Dado que cuatro ministros estuvieron por acoger el requerimiento (Raúl Bertelsen Repetto, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica

¹⁹ No lo vincula expresamente con la necesidad del trato diferenciado, pero se ha tomado la decisión de graficarlo así pues parece la opción más coherente dentro del esquema.

Maldonado y Domingo Hernández Emparanza) y cuatro por rechazarlo (Carlos Carmona Santander, Hernán Vodanovic Schnake, Gonzalo García Pino y María Luisa Brahm Barril), no se alcanzó la mayoría exigida por el artículo mencionado y por lo tanto la decisión, institucionalmente, fue el rechazo.

A continuación se analizará, entonces, el voto de los cuatro ministros que estuvieron por rechazar el requerimiento.

4.3.1. ESTRUCTURA

1 El número 4 del artículo 54 de la LMC no viola el derecho de igualdad ante la ley

[1.1 La diferencia de trato que establece no es arbitraria]

[1.1.1a Se basa en una diferencia objetiva]

1.1.1b El precepto tiene una finalidad constitucionalmente legítima

1.1.1b.1 Su finalidad es proteger la naturaleza heterosexual del matrimonio, en los términos que el legislador lo definió en los artículos 102 y siguientes del CC (vistos, segundo argumento: el precepto reprochado no establece una discriminación arbitraria a la luz del test de proporcionalidad)

[1.1.1b.1' Dicho fin es legítimo]

1.1.1b.1'.1 Es coherente con la regulación que sobre la materia desarrolla la Convención Americana de Derechos Humanos (consideración 5)

1.1.1b.1'.1.1 Dicha convención, al ocuparse en el artículo 17 de la titularidad del derecho a contraer matrimonio, no ocupa la locución “toda persona” que es la que utiliza para referirse a quienes son sujetos de los otros derechos que reconoce, sino que dice en su inciso segundo “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio” (consideración 5)

1.1.1b.2 El precepto reprochado se sustenta en el respeto a las bases de la institucionalidad establecidas en la CPR (consideración 6)

1.1.1b.2.1 En su artículo 1º, inciso segundo, señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, disposición que se reitera en el artículo 1, inciso primero de la LMC, que añade que “el matrimonio es la base principal de la familia” (consideración 6)

1.1.1b.3 No hay razón de justicia alguna para obligar al cónyuge afectado por la conducta homosexual a mantener un vínculo matrimonial en esas condiciones (vistos, segundo argumento: el precepto reprochado no establece una discriminación arbitraria a la luz del test de proporcionalidad)

1.1.1c El precepto es adecuado para proteger la naturaleza heterosexual del matrimonio

1.1.1c.1 Autoriza al cónyuge afectado por la conducta homosexual del otro cónyuge a solicitar la terminación del vínculo matrimonial por vía de divorcio (vistos, primer argumento: el requerimiento resulta inadmisibles)

1.1.1d La causal de divorcio por conducta homosexual es necesaria para la obtención de su fin

1.1.1d.1 Se distingue de aquella que sanciona la transgresión del deber de fidelidad (vistos, segundo argumento: el precepto reprochado no establece una discriminación arbitraria a la luz del test de proporcionalidad)

1.1.1d.1.1 Protege un bien jurídico diferente, a saber, la naturaleza heterosexual del matrimonio (vistos, segundo argumento: el precepto reprochado no establece una discriminación arbitraria a la luz del test de proporcionalidad)

1.1.1d.1.1.1 Protege al cónyuge que formó una comunidad de vida abierta a la procreación y crianza, fundada en la complementariedad sexual (vistos, segundo argumento: el precepto reprochado no establece una discriminación arbitraria a la luz del test de proporcionalidad)

1.1.1e La causal de divorcio en comento no produce per se consecuencias desproporcionadas

1.1.1e.1 Es una exclusiva facultad discrecional del juez decretar cualquiera de los eventuales efectos adversos asociados con el divorcio culpable (vistos, segundo argumento: el precepto reprochado no establece una discriminación arbitraria a la luz del test de proporcionalidad)

1.1.1e.1.1 Así, por ejemplo, el juez puede denegar o disminuir el monto de la compensación económica (vistos, segundo argumento: el precepto reprochado no establece una discriminación arbitraria a la luz del test de proporcionalidad)

1.1.1e.2 El precepto reprochado no sanciona la tendencia homosexual –opción o condición, como expresa la jueza requirente- sino que la conducta homosexual (vistos, tercer argumento: la constitucionalidad del precepto queda en evidencia)

1.1.1e.2.1 El mismo tenor literal de la disposición legal impugnada muestra que los meros sentimientos de tendencia homosexual de una persona no son suficientes para incurrir en la causal de divorcio culpable que se cuestiona (consideración 12)

1.1.1e.2.1.1 La falta imputable es un hecho, esto es un acto o actividad constitutiva de conducta homosexual, un comportamiento de esta índole y no una mera preferencia u orientación sexual (consideración 12)

1.1.1e.2.1.1.1 El encabezado del inciso segundo del artículo

54 de la LMC señala que se incurre en la causal de violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio “cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos”, que a continuación se enumera y entre los que se encuentra el N° 4 “Conducta homosexual” (consideración 12)

1.1.1e.2.2 La historia fidedigna de la elaboración de la disposición legal impugnada lo indica igualmente (consideración 13)

1.1.1e.2.2.1 En el Primer Informe de la Comisión Constitución del Senado, se expresa, refiriéndose al precepto que hoy es el N° 4 del artículo 54 de la LMC, que “debe exigirse un comportamiento externo objetivo y no la mera condición o inclinación sexual” (consideración 13)

1.1.1e.3 Sostener que el legislador equipara la conducta homosexual de uno de los cónyuges a otras de las conductas constitutivas asimismo de violaciones graves de deberes y obligaciones que imponer el matrimonio, como los graves tratos contra la integridad de la familia o la tentativa de prostituir al otro cónyuge o a los hijos, es equivocado (consideración 16)

1.1.1e.3.1 Lo que hace la LMC en el inciso segundo de su artículo 54 es señalar que algunos hechos, en caso de ocurrir, significan una vulneración grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, sin que los hechos que la enumeración que efectúa agote los supuestos de divorcio por culpa ni que los hechos que menciona sean equivalentes, sino únicamente que son casos en que la conducta de uno de los cónyuges infringe de modo grave las obligaciones inherentes al matrimonio y configura la causal de divorcio culposo (consideración 16)

1.1.1e.3.1.1 Algunos pudieran ser constitutivos de delito (consideración 16)

4.3.2. ANÁLISIS

4.3.2.1. DIFERENCIA OBJETIVA

El cumplimiento de este requisito no se justifica en la sentencia.

4.3.2.2. FIN LEGÍTIMO

4.3.2.2.1. LA NATURALEZA HETEROSEXUAL DEL MATRIMONIO

En esta argumentación no he encontrado un esquema argumentativo que sea aplicable a una generalidad de casos más allá de la norma impugnada y el fin de la norma que se alega, así

que como referencia usaré únicamente la estructura ya propuesta.

Esta argumentación está compuesta por los argumentos 1.1.1b.1 y siguientes. Propongo entender su referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos como una forma de justificar que el fin del número 4 de artículo 54 es constitucionalmente legítimo en tanto es coherente con el artículo 102 del CC, y éste a su vez con el artículo 17 de dicha convención (de rango constitucional en virtud del artículo 5 de la CPR), que establece la “naturaleza heterosexual del matrimonio”. Esta argumentación es deficiente por dos razones:

1) Por la misma razón que ya se ha desarrollado en la sección “Matrimonio y Tratados Internacionales de Derechos Humanos” del análisis del voto concurrente del ministro Raúl Bertelsen en la sentencia de la causa Rol 1881 sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del CC. Es decir, que no se puede desprender de dichas normas una “naturaleza heterosexual del matrimonio”.

2) Esta línea argumental es también irrelevante, dado que aun si concedemos que la Convención Americana de Derechos Humanos establece algo así como una “naturaleza heterosexual del matrimonio”, eso se relaciona con el artículo 102 del Código Civil, mas no con el número 4 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que es la norma impugnada en esta causa. Esta falta de relación se da porque una “conducta homosexual” de uno de los cónyuges de ninguna manera contraviene la (entendida) prohibición de casarse con una persona del mismo sexo, en efecto, la interpretación de este término tan vago es trabajada por el voto de mayoría (que no establece ninguna conducta concreta), pero en ninguna interpretación del TC consiste en casarse con una persona del mismo sexo. La conducta “más grave” a la que el voto de mayoría hace alusión con el término “conducta homosexual” es a una relación sexual con una persona del mismo sexo, pero aún en ese caso, dicha conducta no infringe la prohibición del matrimonio homosexual que el TC entiende como “la naturaleza heterosexual del matrimonio”, pues el matrimonio sigue siendo entre personas de distinto sexo. Siendo aún más concesivos con el voto de mayoría, podemos considerar que quiso decir que, dado que la naturaleza del matrimonio es heterosexual, entonces la “conducta homosexual” es en sí misma menos tolerable que la

heterosexual, y por eso el número 4 del artículo 54 de la LMC: 1) no exige infidelidad, lo que el número 2 sí exige para las relaciones heterosexuales, y 2) no exige gravedad (sino que la presume) ni reiteración, lo que el número 2 tampoco exige. Esta argumentación es inaceptable dado que el voto de mayoría no otorga razones para vincular estas afirmaciones.

Así, podemos concluir esta sección diciendo que la línea argumental conformada por los argumentos 1.1.1b.1, sus garantías y sus subordinados, es insuficiente porque la Convención Americana de Derechos Humanos no permite desprender de ella algo así como una “naturaleza heterosexual del matrimonio”, de tal manera que la justificación de la legitimidad del fin de la norma se cae. Por otro lado, aun si ese fin fuese legítimo, queda demostrado por los razonamientos anteriores que la norma impugnada resulta inadecuada para promoverlo.

4.3.2.2.2. LAS BASES DE LA INSTITUCIONALIDAD ESTABLECIDAS POR LA CPR

Este argumento se encuentra en el numeral 6 de voto concurrente de los ministros Bertelsen, Fernández, Aróstica y Hernández de la sentencia ROL 2681-14-INA del Tribunal Constitucional. Lo primero que he de señalar es que el hecho de que el fin de una norma tenga sustento en las bases de la institucionalidad establecidas por la CPR efectivamente nos permite concluir que el fin de la norma es constitucionalmente lícito, pero en el caso del número 4 del artículo 54 de la LMC, la argumentación de estos ministros no nos permite concluir que ese sea el caso, lo que paso a explicar. El voto de mayoría sostiene que el fin de la norma impugnada se sustenta en las bases de la institucionalidad establecidas por la CPR, en concreto, en la norma que establece que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. El voto de mayoría sustenta esta idea en que, según el artículo 1 de la LMC, “el matrimonio es la base principal de la familia”. El problema es que no se señala cuál es la relación entre estas dos normas y la licitud del fin de la norma impugnada. Una reconstrucción que no me parece descabellada es la siguiente: “una conducta homosexual de un cónyuge atenta contra el matrimonio, y como el

matrimonio es la base principal de la familia, la conducta homosexual atenta contra la familia; entonces, como el número 4 de artículo 54 de la LMC sanciona la conducta homosexual, está protegiendo el matrimonio y por lo tanto la familia, lo que es un fin lícito conforme a las bases de la institucionalidad establecidas por la CPR”. El problema con esta argumentación (reconstruida concesivamente) es que, en tanto la norma impugnada no describe concretamente en qué consiste una “conducta homosexual”, entonces difícilmente podemos saber si esa conducta atenta o no contra el matrimonio. Para salvar esta brecha hay dos opciones: a) considerar que la “conducta homosexual” es una infidelidad grave y reiterada con personas del mismo sexo (bajo el supuesto de que dicha conducta efectivamente atenta contra el matrimonio y, por tanto, contra la familia). En este caso la “conducta homosexual” se subsumiría en el número 2 del artículo 54 de la LMC. Si bien el trato sería igualitario respecto de las infidelidades con personas del sexo opuesto, no se entiende por qué establecerlo en un numeral aparte, además de que nada en el número 4 de dicho artículo hace pensar que exija los elementos de gravedad y reiteración, cosa que sí hace expresamente el número 2; b) considerar que la “conducta homosexual” es una infidelidad que no requiere gravedad ni reiteración, o una conducta distinta de una infidelidad (ver pornografía homosexual entre individuos de su mismo sexo, mirar “lujuriosamente” a una persona del mismo sexo en la calle, etc.). En este caso el trato es efectivamente diferente, pues se considera que una infidelidad con personas del sexo opuesto no es por sí sola atentatoria contra el matrimonio y la familia, o no es por sí sola tan grave como para justificar un divorcio por culpa. Es por eso que el número 2 del artículo 54 de la LMC exige la gravedad y reiteración de la conducta para ser indiciaria de un incumplimiento de los deberes del matrimonio que haga intolerable la vida en común. Por otra parte, el número 4 del mismo artículo presume que una “conducta homosexual” (cualquiera sea) es por sí misma un incumplimiento grave de los deberes del matrimonio que hace intolerable la vida en común. En otras palabras, a juicio de la norma impugnada (y del voto de mayoría), una infidelidad con una persona del mismo sexo es esencialmente menos tolerable que una con una persona de distinto sexo. Por desgracia es justamente esta interpretación la que más se aviene con la norma impugnada, dado que nada en ella hace referencia a una conducta concreta (como la infidelidad) ni a los requisitos de gravedad

(adicional a la conducta misma) y reiteración que sí exige el número 2 del artículo 54 de la LMC.

4.3.2.3. ADECUACIÓN

4.3.2.3.1. NATURALEZA HETEROSEXUAL DEL MATRIMONIO

Esta línea se desarrolla en los argumentos 1.1.1c y 1.1.1c.1. Como ya se ha tratado a propósito de la legitimidad del fin de la norma impugnada, no existe ninguna relación entre la “conducta homosexual”, sin importar la gravedad de las acciones que contemple, y la “naturaleza heterosexual del matrimonio”, dado que aunque uno de los cónyuges tenga un acercamiento sexual con una persona de su mismo sexo, el matrimonio, es decir, su vínculo legal con su cónyuge sigue siendo heterosexual, dado que el matrimonio sigue estando disponible únicamente para parejas de distinto sexo, como señala el artículo 102 del Código Civil. Tal como el propio voto de mayoría entiende y pretende desprender de la Convención Americana de Derechos Humanos, la “naturaleza heterosexual del matrimonio” consiste en ser un vínculo únicamente entre personas de distinto sexo, de tal modo que una relación extramarital con una persona del mismo sexo no puede afectar la “naturaleza heterosexual” del vínculo matrimonial, pues dicha conducta no es un matrimonio, sino una acción totalmente desligada de él. No quiero decir con esto que debe ser una conducta impune, dado que es un incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, sólo pretendo constatar que no hay relación alguna entre la norma y el fin que el voto de mayoría alude como su principal justificación.

4.3.2.4. JUSTIFICAR LA NECESIDAD

Esta línea se desarrolla en los argumentos 1.1.1d al 1.1.1d.1.1.1. En base al análisis respecto de la adecuación de la norma para resguardar la “naturaleza heterosexual del matrimonio” es que podemos concluir que la norma no puede ser necesaria, dado que aquella norma que no tiene siquiera la aptitud de obtener un fin determinado, menos aún puede ser la mejor alternativa para obtenerlo. Ahora, bien es cierto que la línea argumental

que sostiene el voto de mayoría respecto a la necesidad de la norma nos entrega al menos un dato adicional al que sostiene respecto a su adecuación. Esta información se entrega en el argumento 1.1.1d.1.1.1, y es que, según parece, de acuerdo a este voto, la “naturaleza heterosexual del matrimonio” consiste en ser “una comunidad de vida abierta a la procreación y crianza, fundada en la complementariedad sexual”. Esta información adicional en nada obsta al análisis hecho previamente, sino que lo reafirma: si es ese el contenido de la “naturaleza heterosexual del matrimonio”, en nada lo afecta una conducta homosexual de uno de los cónyuges, dado que no se altera en nada ni la capacidad de los cónyuges para procrear, pues siguen siendo sexualmente complementarios para ese fin, ni menos su capacidad para criar. Puede decirse que una “conducta homosexual” afecta la armonía conyugal (tanto como una infidelidad con personas del sexo opuesto, en la medida que el contenido que se la atribuya a la “conducta homosexual” sea también el de infidelidad), pero en nada afecta a la “naturaleza heterosexual del matrimonio”. Puesto que no la afecta, el número 4 del artículo 54 de la LMC no es ni adecuado ni necesario para su resguardo.

4.3.2.5. JUSTIFICAR LA PROPORCIONALIDAD ESTRICTA

4.3.2.5.1. LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

Esta línea se desarrolla en los argumentos 1.1.1e.1 y 1.1.1e.1.1. Lo esencial de esta argumentación es que los efectos adversos del divorcio “por culpa” (del cónyuge que ha cometido una “conducta homosexual”) son meramente eventuales, y es cierto, dado que los artículos 62 y siguientes de la LMC se refieren precisamente en términos facultativos a la consideración del divorcio por culpa en la determinación del monto de la compensación económica. Esta argumentación es, sin embargo, irrelevante en relación a la carga de la prueba: El voto de mayoría prueba que los perjuicios económicos del cónyuge que dio lugar al divorcio por conducta homosexual son puramente eventuales, pero la infracción del derecho de igualdad ante la ley no es eventual por ello, sino que es necesaria. En efecto, ya hay un trato diferenciado entre las relaciones extramatrimoniales heterosexuales y homosexuales respecto de los requisitos de procedencia (gravedad no esencial a la conducta

y reiteración que requieren las heterosexuales pero no las homosexuales), y esta diferencia de trato es inevitable, pues el dar lugar al divorcio por culpa no es una facultad, sino un deber del tribunal en la medida en que concurran los requisitos. Es cierto que esta situación sumada a perjuicios económicos *eventuales* es menos grave que la situación hipotética en que dichos perjuicios económicos fuesen *necesarios*, pero ante la ausencia de promoción de fin legítimo alguno, los efectos siguen siendo desproporcionados, pues sigue habiendo un perjuicio para quien comete la “conducta homosexual” (siempre la diferencia de trato y eventualmente el perjuicio económico) sin haber un beneficio correlativo equivalente (al menos) para justificarlo.

4.3.2.5.2. LA CONDUCTA HOMOSEXUAL COMO UN HECHO

Esta línea se desarrolla en los argumentos 1.1.1e.2 y 1.1.1e.2.2.1. Podemos concordar con el voto de mayoría, a partir de su argumentación, en que lo que sanciona la norma impugnada es una acción. Ahora bien, si esa acción es separable o no de la orientación sexual es un punto relevante para el que necesitaremos también atender al voto disidente. Por razones de sistematicidad, reproduciré la estructura de la argumentación del voto disidente respecto a este requisito:

1 El número 4 del artículo 54 de la LMC no viola el derecho de igualdad ante la ley

1.1 La diferencia de trato establecida por la norma impugnada es arbitraria

1.1.1a No se basa en una diferencia objetiva

1.1.1a.1 La descripción de acciones no es distinguible con independencia del sujeto que las realiza

1.1.1a.1.1 La Real Academia Española recoge, en lo pertinente, dos acepciones del término “conducta”: “manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones” y “conjunto de las acciones con que un ser vivo responde a una situación”

[1.1.1a.1’ Dichas acepciones no son distinguibles con independencia del sujeto que las realiza]

1.1.1a.1’1 Importarían señalar que hay “una manera homosexual de comportarse en la vida” o “un patrón homosexual para responder a situaciones”

- 1.1.1a.1'.1' Ninguna de las dos formas se refiere a actos sino que identifican una condición, un modo o pauta de comportamiento
- 1.1.1a.2 La expresión “conducta homosexual” no denota claramente hechos indubitados
 - 1.1.1a.2.1 Esto ha sido notado por civilistas
 - 1.1.1a.2.1.1 Esto ha sido notado por Carlos López Díaz
- 1.1.1a.1-2' La identificación de un límite debe estar basada irredarguiblemente en actos externos, de significación jurídica plausible, que generen afectación a terceros
 - 1.1a.1-2'.1 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 una responsabilidad y sanciones por un patrón conductual que no puede modificar.

Recordemos que, de acuerdo a Correa Sutil, el primer requisito del test de proporcionalidad –es decir, que el trato diferenciado se base en diferencias fácticas objetivas–se compone de dos aspectos: 1) “que las situaciones a las que la ley atribuye consecuencias diversas o de las que sigue consecuencias jurídicas dispares sean fácticamente distinguibles según características relevantes que resulten reconocibles por cualquier observador imparcial” y 2) que la desigualdad de trato legislativo se refiera a “conductas y situaciones y no a personas determinadas”(Correa Sutil, 2011, p. 111).

Notemos que el voto disidente niega ambos supuestos, por un lado nos dice que la “conducta homosexual” no denota claramente hechos indubitados, lo que no es sino otra forma de decir que no es una situación fácticamente distinguible según características relevantes que resulten reconocibles por un observador imparcial. Como ya se adelantó en el análisis de esta sentencia, las consideraciones para rechazar el requerimiento no mencionan qué situaciones concretas configuran la “conducta homosexual”, de tal manera que el requisito que se analiza no puede tenerse por cumplido.

Por otro lado, las consideraciones para acoger el requerimiento también señalan que la descripción de acciones no es distinguible con independencia del sujeto que las realiza, que a su vez equivale a decir que la diferencia de trato legislativo que efectúa el número 4 del artículo 54 de la LMC se refiere a personas determinadas (las personas que sienten atracción afectivo-sexual hacia personas de su mismo sexo). Cabe notar que los ministros que suscriben estas consideraciones no niegan que la diferencia de trato legislativo se

refiera a conductas y situaciones, pero al afirmar en esta línea argumentativa que la conducta es indistinguible del sujeto que la realiza (lo que justifica en base a dos acepciones del término “conducta” en la RAE), entonces el requisito de que la diferencia de trato se funde en diferencias fácticas objetivas no se cumple, pues a la luz de lo que expresa Correa Sutil, dicha diferencia debe cumplir *copulativamente* con: 1) el requisito de *referirse* a conductas y situaciones y 2) el requisito de *no referirse* a personas determinadas, de tal modo que si una diferencia se refiere a la vez a situaciones y a personas, entonces el requisito no se cumple.

Así las cosas, la argumentación que las consideraciones para acoger el requerimiento ofrecen para negar que la diferencia de trato legal se base en diferencias fácticas objetivas nos sirve para criticar el argumento de las consideraciones para rechazar el requerimiento que pretende justificar la proporcionalidad del trato diferenciado en base a que la “conducta homosexual” es un hecho. En efecto, dichas consideraciones dan una serie de argumentos para sostener esa afirmación, tales como la historia fidedigna de la ley y la literalidad de la norma, pero todos estos argumentos resultan insuficientes, por cuanto, si bien nos permiten adherir a que efectivamente el trato legislativo diferenciado se refiere a hechos, las consideraciones para acoger el requerimiento argumentan convincentemente que estos hechos son indistinguibles de la persona, de tal manera que la gravedad de discriminar a personas determinadas sigue intacta, es decir, el trato legislativo diferenciado no es menos desproporcionado por ello.

4.3.2.5.1. PERJUICIOS SIMBÓLICOS

Esta línea argumental se desarrolla en las consideraciones para rechazar el requerimiento N° 15 y 16, y se ofrece en respuesta de un argumento del requerimiento que afirmaba que el artículo 54 de la LMC compara la conducta homosexual con hechos ciertamente más graves como delitos. Lo que responde el voto de los ministros Bertelsen, Fernández, Aróstica y Hernández es que el sentido de ubicar dichas situaciones en la misma lista es que “son casos en que la conducta de uno de los cónyuges infringe de modo grave las obligaciones inherentes al matrimonio y configura la causal de divorcio culposo”. Este argumento es insuficiente, dado que para que sean comparables a la luz del enunciado del artículo 54 de la LMC, estas conductas deben, además, volver intolerable la vida en común

de los cónyuges. Fracasa el voto de mayoría al justificar esta comparación dado que en ninguna parte señala cómo es que la “conducta homosexual” vuelve intolerable la vida en común. Si bien da a entender el TC que la “conducta homosexual” viola el deber de fidelidad (que consiste en no mantener relaciones sexuales con personas distintas del cónyuge), no justifica por qué una única “conducta homosexual” vuelve tan intolerable la vida en común como una infidelidad heterosexual *grave y reiterada*, atentados contra la vida o tentativa de prostitución del cónyuge o los hijos y otras conductas similares comprendidas en el artículo 54 de la LMC.

CAPÍTULO 5. OBSERVACIONES EMPÍRICAS A LA LUZ DE LA MUESTRA: ¿HAY OTRAS FORMAS ACEPTABLES DE ARGUMENTAR? ¿OTROS REQUISITOS A CONSIDERAR?

En este capítulo analizaré distintas argumentaciones encontradas en las sentencias en comento que, si bien no consisten en la comprobación de los elementos del test de proporcionalidad, es necesario analizar críticamente para poder lograr cabalmente nuestro objetivo de establecer la arbitrariedad de las decisiones del TC en la muestra seleccionada. Primero analizaré las argumentaciones destinadas a rechazar un requerimiento de inaplicabilidad, no por la comprobación de la constitucionalidad de la norma impugnada, sino por argumentaciones que descartan la necesidad de ejercer un control de constitucionalidad, y que por tanto, pretenden volver improcedente el uso del test de proporcionalidad. Estas argumentaciones consisten en la “reserva legal” y la “impugnación de un estatuto jurídico complejo”, cuyos detalles veremos más adelante. En segundo lugar se analizará una argumentación que asume la procedencia del control de constitucionalidad, pero que considera como improcedente la específica argumentación esgrimida por la parte requirente, por argumentar “en abstracto y no en concreto”.

5.1. ARGUMENTOS DIRIGIDOS A PROBAR LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

5.1.1. LA RESERVA LEGAL

El argumento de la reserva legal tiene el siguiente esquema argumentativo subyacente:

1. Se debe rechazar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma N.
- 1.1. No corresponde ejercer un control de constitucionalidad de la norma N.
 - 1.1.1. La materia regulada por la norma N es de reserva legal y no constitucional.

El voto de mayoría en la sentencia ROL 1881-10-INA sostiene, en sus considerandos quinto a séptimo, que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, sometido a su decisión, debe rechazarse pues dicha materia (el matrimonio) es de reserva legal.

En estricto rigor, esta argumentación no pretende demostrar que la norma impugnada supera el test de proporcionalidad (ni el de razonabilidad ni el estricto), sino que pretende sustraer del análisis de constitucionalidad al artículo 102 del Código Civil.

El voto sostiene en su considerando séptimo que “[l]os efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional”. Este argumento no puede analizarse sin dilucidar su premisa implícita. La conclusión de los 9 ministros que sostienen el voto de mayoría es “debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del CC en la presente causa”, y el primer argumento que otorga es “porque los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional”. Para que dicha premisa explícita efectivamente nos permita concluir lo que el voto de mayoría pretende, debemos entender que la premisa implícita es: “aquellas materias que son de reserva legal, y no constitucional, no se pueden someter a un control de constitucionalidad”. ¿Qué quiere decir que los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio sean propios de reserva legal y no constitucional? El significado se desprende de los argumentos que el propio voto de mayoría entrega para justificar dicha reserva legal en su considerando quinto:

Por una parte, se desprende del N° 3 del artículo 63 de la misma [CPR], que al señalar cuáles son las materias de ley, indica como una de ellas las que “son objeto de la codificación civil”. Y, por otra parte, del N° 20 del mismo artículo, que establece que también lo es “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (Tribunal Constitucional, ROL 1881-10, de 3 de Noviembre 2011, considerando quinto).

En otras palabras, a lo que se refiere el voto de mayoría como asuntos propios de “reserva legal”, son las materias de ley, establecidas por el artículo 63 de la CPR, es decir aquellas materias sobre las cuales se puede legislar. ¿Qué relación hay entre que un asunto sea materia de ley y que no sea susceptible de ser sometida a un control de constitucionalidad? Ninguna, sino que todo lo contrario, pues el artículo 93 en general, y particularmente en su número 6° (que establece la facultad del TC de resolver requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) otorga al TC la facultad de efectuar controles de constitucionalidad precisamente de preceptos legales (y por lo tanto, materia de ley). Dicha facultad tiene pleno sentido jurídico, ya que la Constitución, en su calidad de “ley fundamental”, se resguarda mediante el principio de jerarquía, es decir, todas las normas

legales deben someterse a ella, de tal manera que si la contradicen, deben ser inaplicadas en una causa particular (cuando los efectos de su aplicación a ésta sean inconstitucionales) o declaradas inconstitucionales en sí mismas y expulsadas del ordenamiento jurídico (cuando se dan los requisitos procesales para ello). Sin este efecto, la CPR sería una “ley” como cualquier otra, sin una jerarquía superior, dado que sus normas y principios no valdrían frente a normas y principios contrapuestos sólo por el hecho de tener rango constitucional. Por otra parte, son, de hecho, las normas y principios constitucionales los que no pueden someterse a un examen de constitucionalidad, y si se opusieran a otra norma o principio constitucional, lo que corresponde es efectuar el test de proporcionalidad (que justamente resuelve conflictos entre principios constitucionales), en el caso de los principios, y aplicar el criterio de especialidad en el caso de las normas.

Es interesante que el razonamiento que acabo de sostener, el propio Tribunal Constitucional parece tenerlo claro en el voto de mayoría de otra de las sentencias analizadas, la sentencia ROL 1683-10-INA, donde señala, en su considerando decimoctavo, que el no ser competente para juzgar el mérito de la norma impugnada

no la inhibiría, a su juicio, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a la Constitución, de modo tal que, requerida para que se pronuncie acerca de la plausibilidad de las razones que se tuvieron en cuenta para dar el trato diferenciado al que alude, **procede que asuma la defensa de la Carta Fundamental, incluso respecto de la ley, que sólo manifiesta la voluntad soberana cuando respeta la supremacía constitucional**²⁰ (Tribunal Constitucional, ROL 1683-10, de 4 de enero de 2011, considerando decimoctavo).

En conclusión, el primer argumento que da el voto de mayoría para rechazar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil es “negativamente relevante”, es decir, tiene el mérito de desmentir la conclusión que pretende afirmar. Toda norma legal es susceptible de ser sometida a un control de constitucionalidad mediante el requerimiento de inaplicabilidad, pues el artículo 96 N°6 de

²⁰El énfasis es mío.

la CPR no distingue, para lo cual debe aplicarse el test de proporcionalidad (en su variante de razonabilidad o estricta, según sea el caso).

5.1.2. LA IMPUGNACIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO COMPLEJO

El argumento de la impugnación de un estatuto jurídico complejo tiene el siguiente esquema argumentativo subyacente:

- 1 Debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma N.
- 1.1 Dicho requerimiento es inidóneo [sic].
 - 1.1.1 Dicho requerimiento en realidad impugna un estatuto jurídico complejo.

También el voto de mayoría en la sentencia ROL 1881-10-INA sostiene, en sus considerandos octavo y noveno,

la falta de idoneidad de la inaplicabilidad en el presente caso pues si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer (Tribunal Constitucional, ROL 1881-10, de 3 de noviembre de 2011, considerandos octavo y noveno).

En el numeral I de su voto disidente, el ministro Hernán Vodanovic Shnake critica este argumento en los siguientes términos:

No comparto la tesis que descalifica la admisibilidad o procedencia de la acción, en cuanto –por su ejercicio– se reformularía un sistema de normas de modo integral, redefiniéndose el instituto del matrimonio, así como pecaría de no decisiva la aplicación del precepto objetado por la ausencia de impugnación constitucional de otras normas que regulan la materia. Desde luego, el primer efecto se produce usualmente al excluir la aplicación de una norma –al constatar que provoca consecuencias inconstitucionales–, si la misma es el núcleo de una institución. De qué otra manera se explica, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad del D.L. 2695 –que trae aparejada la exclusión del régimen de regularización de títulos de dominio– o de la norma del artículo 206 del Código Civil, sobre aspectos de la

filiación, que permite ejercitar una acción privada por la aplicación del precepto. Siempre que es declarada inaplicable una disposición base de un ordenamiento hay una reformulación del sistema de normas, en relación a la situación jurídica específica a que el caso se refiere. Por la naturaleza de la inaplicabilidad, cuya declaración sólo atañe a las partes del juicio, esa reformulación se da respecto de una relación jurídica particular, subsistiendo el estatuto jurídico impugnado en el régimen general. Por otra parte, debe considerarse que la aplicación decisiva de la norma, que recaba la Constitución, implica considerarla fundamental, importante, pero no única, como parece reclamarse. Si otros preceptos atingentes al caso no son reprochados, el juez de la instancia aplicará el criterio interpretativo que le permitirá decidir el asunto. No es esta Magistratura la encargada de excluir previamente la aplicación de una norma singular porque no se ha denunciado otra, tarea que le incumbe a las partes o interesados dentro de un procedimiento no inquisitivo (Tribunal Constitucional, ROL 1881-10, de 3 de noviembre de 2011, numeral I del voto disidente del ministro Hernán Vodanovic Shnake).

En resumen, el ministro Vodanovic se opone al argumento en comentario del voto de mayoría: 1) porque siempre que se declara la inaplicabilidad de una disposición base de un ordenamiento hay una reformulación (particular) del sistema de normas y 2) porque dicha circunstancia no ha obstado para que el TC, en otras causas, declare inaplicables otras normas. Debemos notar que no hay norma constitucional que se refiera a la imposibilidad de declarar la inaplicabilidad de una norma por ser la base de un sistema normativo, de tal manera que el argumento es irrelevante. Además hay cierta inconsistencia jurisprudencial cuando el mismo TC tiene previamente contradice la argumentación que aquí presenta, lo que es al menos sospechoso en relación a cuáles serán las motivaciones reales de los ministros que suscriben el voto de mayoría. Así las cosas, esta argumentación tampoco es adecuada para sostener la improcedencia del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

5.2. ARGUMENTACIÓN DESTINADA A PROBAR LA IRRELEVANCIA DE DETERMINADAS JUSTIFICACIONES DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

5.2.1 INCONSTITUCIONALIDAD “EN CONCRETO” Y “EN ABSTRACTO”

El argumento de la distinción entre la inconstitucionalidad “en concreto” y la inconstitucionalidad en “abstracto” tiene el siguiente esquema argumentativo subyacente:

- 1 Debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma N.
- 1.1 La requirente impugna la constitucionalidad de la norma N en abstracto y no en concreto.

La diferencia entre estos dos niveles de análisis es relevante para comprobar la inconsistencia y arbitrariedad en el ejercicio de la facultad de resolver requerimientos de inaplicabilidad por parte del Tribunal Constitucional. A este respecto una de las sentencias analizadas afirma algo problemático: declara inadmisibile el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre el cual recae, dando como primer fundamento que “la requirente efectúa una impugnación de constitucionalidad en abstracto, sin atender a las particularidades del caso concreto, cuestión esta última que es de la esencia de la acción de inaplicabilidad” (Tribunal Constitucional, Rol No. 2681-14, de 30 de diciembre de 2014, vistos). En otras palabras, considera los argumentos de la requirente como insuficientes o irrelevantes para justificar que la aplicación de una norma a una causa determinada sea inconstitucional porque argumentan la inconstitucionalidad “en abstracto” de la norma, y no la inconstitucionalidad “en concreto” de su aplicación. Una pregunta obvia que se deriva de esta afirmación es: ¿Puede una norma ser inconstitucional “en abstracto” y su aplicación no ser inconstitucional “en concreto”? Si la respuesta es positiva, entonces los argumentos de las requirentes (pues veremos posteriormente que, aunque el Tribunal Constitucional sólo rechaza ese requerimiento bajo ese fundamento, en los tres casos la argumentación de las requirentes es similar, es decir “en abstracto”) son irrelevantes para acoger sus requerimientos, y el Tribunal Constitucional habrá rechazado bien; si es negativa, entonces dichos argumentos habrán sido relevantes, y por tanto comprobar la inconstitucionalidad “en abstracto” de las normas por las requirentes justifica la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad “en concreto”.

Algunas citas del propio Tribunal Constitucional en otras causas son capaces de dotar de algún sentido la relación entre la inconstitucionalidad “en concreto” y en “abstracto”. Paso a transcribir dichas citas, destacando las partes que resultan especialmente relevantes para este capítulo:

1) Ha señalado dicha magistratura que su decisión sobre requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

no está constreñida a la simple constatación abstracta de si existe o no en el texto del precepto impugnado una infracción constitucional, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución, **la cual en algunas ocasiones podrá brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado**²¹ y en otras emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto sublite (Tribunal Constitucional, ROL 1724-10, de 11 de mayo de 2010, considerando sexto).

2) El Tribunal Constitucional ha señalado también que en sentencias recaídas en procesos de inaplicabilidad,

no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales²². Por lo tanto, ello no impediría que un precepto legal declarado inaplicable en sucesivos casos concretos, pueda permanecer dentro del ordenamiento jurídico, y otros sean tan ostensiblemente inconstitucionales per se, que justifiquen su inmediata expulsión del orden jurídico nacional (Tribunal Constitucional, ROL 546-06, de 16 de noviembre de 2006, considerando 1“Por el rechazo del recurso”, voto de los ministros Colombo, Fernández Baeza, Venegas, Navarro y Fernández Fredes, 2)

3) Además, el Tribunal Constitucional ha sostenido que

En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y **no, necesariamente, en su**

²¹El énfasis es mío.

²²El énfasis es mío.

contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional²³ (Tribunal Constitucional, ROL 1254-08, de 15 de octubre de 2008, considerando vigesimoséptimo).

4) En la misma sentencia citada en el número anterior, el Tribunal Constitucional también sostiene que “Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. **Sólo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental**²⁴”(Tribunal Constitucional, ROL 1254-08, de 15 de octubre de 2008, considerando vigesimooctavo).

5) Probablemente la cita que más aporta al entendimiento de la relación entre ambos niveles de análisis es la siguiente:

La inconstitucionalidad en la aplicación de un precepto puede derivar esencialmente de dos circunstancias. **La primera es la inconstitucionalidad intrínseca de la norma, que, compulsada con el texto constitucional, no admite conciliación y, por tanto, generalmente se traducirá en su aplicación contraria al mismo**²⁵. La otra se expresa a través de una disposición que, en abstracto, es compatible con la Constitución, pero que, aplicada a una relación jurídica singular y concreta, provoca efectos contradictorios con ella. (Tribunal Constitucional, ROL 1038-08, de 14 de agosto de 2008, considerando cuarto)

Interpretando armónicamente las cinco citas anteriores del Tribunal Constitucional, podemos concluir que para que se acoja un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en efecto, no se necesita efectuar un control “abstracto” de constitucionalidad, sino que basta con que el control “concreto” determine la inconstitucionalidad de la aplicación de una norma a un caso concreto. Por otra parte, de ese control “concreto”, nada puede extraerse respecto de la constitucionalidad de la norma

²³El énfasis es mío.

²⁴El énfasis es mío.

²⁵El énfasis es mío.

misma “en abstracto”, pero el realizar un control “abstracto” de constitucionalidad respecto de una norma, y concluyendo ese control que la norma es “en sí misma inconstitucional”, en efecto, nos debe llevar a concluir que la aplicación de esa norma inconstitucional “en abstracto” a cualquier caso concreto, será también inconstitucional.

Esta interpretación no está exenta de críticas en la doctrina. De hecho, se ha dicho que

la determinación de la inconstitucionalidad intrínseca de una norma la realiza el mismo Tribunal Constitucional, lo que, en la práctica, hace que la distinción entre control concreto y abstracto en ocasiones se vuelva difusa. ¿Qué sentido tiene estatuir un control especialmente concreto si, con ocasión de éste, bastará que el Tribunal estime la inconstitucionalidad intrínseca de la norma para que el control se convierta en uno de tipo abstracto? (Couso & Coddou, 2010, p. 403)

Sin embargo, dicha crítica, que atiende a la utilidad de la distinción entre los controles “abstracto” y “concreto”, no obsta al hecho de que la práctica del propio Tribunal Constitucional se condice perfectamente con esta interpretación, pues como señalan los mismos autores recientemente citados, “con ocasión de un control concreto, el Tribunal suele realizar, de manera previa, un control abstracto” (Couso & Coddou, 2010, p. 403); es más, con ocasión del análisis de algunas sentencias del mencionado tribunal, en búsqueda de una mayor comprensión de la relación entre las dos formas de control de constitucionalidad, Couso y Coddou (2010) señalan que en uno de los fallos²⁶

se listan los hechos o antecedentes del caso, pero de ningún modo se advierte de qué modo estos especiales antecedentes ilustran respecto del resultado inconstitucional que genera el precepto legal que se aplica al caso específico. Más bien, parece una fórmula vacía de cumplir con la nueva configuración del recurso de inaplicabilidad. (p. 410)

²⁶Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres*, Rol No 976-2007 (2008).

Las propias sentencias que se analizan en esta tesis replican esta práctica jurisprudencial, como se verá, es decir, en sede de inaplicabilidad, no efectúan un control “concreto” sino uno “abstracto” para rechazar los requerimientos (que los requirentes argumentan del mismo modo “abstracto”). Sólo una de las sentencias analizadas en esta tesis, señalada previamente en esta misma sección, señala como uno de los motivos de su rechazo del requerimiento que se le presenta el hecho de que la requirente haya efectuado una argumentación basada en un control “abstracto” de constitucionalidad y no uno “concreto”, aunque también la sentencia ROL 3207-17-INA, en los numerales 6º y 7º de las consideraciones para rechazar el requerimiento, señala lo mismo. Este motivo debe ser rechazado por inconsistente tanto con la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada, entre otras, en las citas de esa magistratura recientemente expuestas, como con la práctica de dicho tribunal, que cotidianamente (incluso en esa sentencia) realiza controles “abstractos” en sede de inaplicabilidad. La única forma de encontrar sentido en esa práctica es adherir a la doctrina manifestada en las cinco citas expuestas, es decir, considerar que una de las formas de comprobar que la aplicación de una norma a un caso particular es contraria a la Constitución es justamente probar que la norma misma es inconstitucional, pues si lo es, entonces sus aplicaciones a casos concretos serán también inconstitucionales.

Como conclusión de este capítulo podemos señalar que ya encontramos un nivel de inconsistencia y arbitrariedad en el ejercicio de la facultad resolver requerimientos de inaplicabilidad por parte del Tribunal Constitucional, en tanto, en casos similares, donde la parte requirente de inaplicabilidad argumenta “en abstracto”, a veces el Tribunal considera dicha argumentación como razón para rechazar el requerimiento y a veces no. Por otra parte, he sostenido que considerar la argumentación “en abstracto” de las requirentes como razón para rechazar el requerimiento es arbitrario, dado que atenta tanto contra la lógica misma de la distinción entre control de constitucionalidad “concreto” y “abstracto” como con la jurisprudencia general (más allá de los casos en que la requirente alega discriminación por orientación sexual por parte de la norma impugnada) del mismo Tribunal Constitucional al respecto, así como la forma de argumentar por el Tribunal incluso en los casos en que sostiene la opinión criticada aquí.

5.3. ARGUMENTACIONES DESTINADAS A PROBAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA CON INDEPENDENCIA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Los argumentos que se exponen a continuación han sido extraídos de los numerales 10 y siguientes del voto concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica en la sentencia ROL 1881-10-INA del Tribunal Constitucional, sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la parte del artículo 102 del Código Civil que excluye a las parejas homosexuales de la institución del matrimonio (al disponer que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer). Si bien estos tres ministros parecen asumir la carga de utilizar el test de proporcionalidad para justificar la constitucionalidad de la norma impugnada²⁷, hay algunos argumentos que no he podido reconducir a ningún elemento del test de proporcionalidad (ni al de razonabilidad ni al estricto), de tal manera que he decidido ubicarlos aquí.

5.3.1. INSTITUCIÓN JURÍDICA Y REALIDAD SOCIAL

El argumento de la institución jurídica y la realidad social tiene el siguiente esquema argumentativo subyacente:

1. Debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma N.
 - 1.1. La norma N es constitucional.
 - 1.1.1. La norma N respeta una realidad social.

Esta línea argumentativa, presente en los numerales 10 y siguientes del voto concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica en la sentencia ROL 1881-10-INA del Tribunal Constitucional, sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil que excluye a las parejas homosexuales de la institución del matrimonio, afirma que “la institución jurídica del matrimonio, si bien puede mutar en sus efectos, viene a regular la unión afectiva estable entre hombre y mujer” (Tribunal Constitucional, ROL 1881-10, de

²⁷En el numeral 8 de dicho voto concurrente, los ministros sostienen: “Al entrar estos jueces a resolver la cuestión debatida tienen presente la frondosa jurisprudencia sobre el principio de igualdad constitucional que esta Magistratura ha desarrollado, que se inicia con la sentencia recaída en el proceso Rol 28, de 1985 y alcanza su mayor extensión, más recientemente, en las sentencias dictadas en los procesos roles 1254-09, 1287-09, 1399-09y 1710-10. En sus rasgos esenciales la doctrina allí sentada señala que la igualdad ante la ley no exige un trato uniforme a todas las personas, sino que permite al legislador dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre las distintas personas o grupos de personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga.”

3 de noviembre de 2011, 10) y que esto es relevante en tanto “El legislador debe dar una respuesta normativa a las realidades sociales, respetando las características que las constituyen y configuran” (Tribunal Constitucional, ROL 1881-10, de 3 de noviembre de 2011, 10). Intentaré aclarar el sentido de dicha argumentación. Los tres ministros que suscriben este voto afirman la existencia de dos matrimonios, uno es una institución jurídica y otro es una realidad social; este último está constituido por una unión entre personas de distinto sexo, y puesto que el legislador debe dar una respuesta normativa a las realidades sociales, entonces la institución jurídica del matrimonio debe conformarse con la realidad social y ser también, esencialmente, una unión entre personas de distinto sexo. Esta argumentación, en primer lugar, es ambigua, pues no queda claro a qué se refiere con el término “matrimonio” ni con el término “realidad social”. Para explicarlo, recurriré a una cita del profesor Luis Silva Irarrázaval (2012), que, si bien concuerda con lo resuelto por el TC en el caso que nos convoca (la constitucionalidad del artículo 102 del CC), hace una eficiente crítica al voto de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica:

El matrimonio es, desde cierta perspectiva, sólo una palabra, un término. Y la discusión sobre palabras es estéril. Lo que, en cambio, resulta valioso de discutir es si acaso existe alguna diferencia entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales que justifique un estatuto jurídico diferente, con independencia del nombre que le pongamos a cada cual. Prescindir del término matrimonio me parece útil en orden a transparentar la argumentación sobre su constitucionalidad. Porque es fácil perder el hilo del razonamiento, cuando se significan cosas distintas (aunque sólo sean parcialmente distintas) con el mismo término, sin que medie una advertencia. De hecho, en la sentencia ocurrió esto: en varios de los votos particulares se puede percibir la vacuidad conceptual con que se manipuló el término matrimonio (p. 476).

Por otra parte, tampoco queda claro a qué se refiere con “realidad social” y en qué se diferencia de la institución jurídica. Entender que con realidad social se refieren los ministros a la misma institución jurídica del matrimonio nos genera un problema que ha sido explicado por el profesor de la Universidad Diego Portales, Tomás Vial:

Normalmente, quienes niegan la procedencia del matrimonio a parejas homosexuales lo hacen sobre la base de que este matrimonio es entre un hombre y una mujer. Desde luego, la justificación de este argumento no puede reconducirse nuevamente al artículo 102 del Código Civil, pues tal ejercicio implicaría justificar la validez de una norma a través de la norma misma, importando, a fin de cuentas, una tautología (Vial Solar & Del Pino Rubio, 2015, p. 279).

La única forma de entender el argumento de forma no tautológica es la siguiente: La “realidad social” corresponde a la unión afectiva estable y extrajurídica entre hombre y mujer. Si eso fuese cierto, un noviazgo o “pololeo” cabría en la definición de “matrimonio en tanto realidad social” de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica, y como ello escapa al sentido común, pues nadie se referiría a ese tipo de relaciones como “matrimonio”, no veo de dónde los ministros sacan esa conclusión. Por otra parte, también es una “realidad social” (entendida como lo que realmente se da en la sociedad) el que existan uniones afectivas estables entre dos hombres y entre dos mujeres (hasta de más de dos, incluso) y que el TC ha decidido no llamar matrimonios. ¿Por qué entonces el TC justifica que estas uniones afectivas estables deben tener un estatuto jurídico distinto, o peor aún, ningún estatuto jurídico en absoluto? El TC no justifica esta conclusión en su argumentación. Siendo así las cosas, el argumento es inaceptable, en tanto no podemos aceptar sin más su afirmación de que el matrimonio (en tanto realidad social) “viene a regular la unión afectiva entre hombre y mujer”, y además insuficiente, pues no justifica por qué otras realidades sociales no merecen el calificativo de matrimonio y no merecen el estatus jurídico de tal.

5.3.2. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES ESENCIALES DE UNA INSTITUCIÓN

El argumento de los principios estructurales esenciales de una institución tiene el siguiente esquema argumentativo subyacente:

- 1 Debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma N.
- 1.1 La norma N es constitucional.

1.1.1 La norma N pertenece a los principios estructurales esenciales de una institución.

Esta argumentación, contenida en el numeral 11 del voto concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica, establece que la diferencia de sexos es un principio estructural esencial del matrimonio, y que el legislador debe obedecer esos principios. ¿A qué matrimonio se refieren los ministros en esta línea argumentativa, a la realidad social o a la institución jurídica? Si se refiere a la realidad social, el argumento es exactamente el mismo que el expresado en la sección anterior, puesto que diría que el matrimonio en tanto realidad social es heterosexual y que el legislador debe dar respuesta a las realidades sociales, y ya sabemos en qué falla esta línea argumentativa. Si se refiere a la institución jurídica, el argumento sería circular: puesto que el legislador es el que establece las instituciones jurídicas, decir que el legislador debe obedecer los principios estructurales esenciales de una institución jurídica equivale a decir que el legislador debe obedecer al legislador. Luis Silva Irarrázaval (2012, p. 476) lo expone de la siguiente manera:

Esta afirmación se asienta en un argumento circular, porque la conclusión (“el artículo 102 del Código Civil... es una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer”) es al mismo tiempo una de las premisas (la definición del artículo 102 del Código Civil lo hace aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer).

CAPÍTULO 6.: CONCLUSIONES

Este capítulo se dividirá en dos partes: en primer lugar demostraré cómo los análisis argumentativos efectuados demuestran la arbitrariedad de las sentencias en que recaen, y, en segundo lugar, sistematizaré aquellos aportes que de esta tesis se pueden extraer para dotar las futuras sentencias del Tribunal Constitucional de mayor seguridad jurídica, así como para dar herramientas a futuros análisis de éstas.

6.1. ARBITRARIEDAD DE LAS SENTENCIAS

6.1.1. SENTENCIA ROL N° 1683-2010-INA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 4 DE ENERO DE 2011, SOBRE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL

Lo primero que debemos notar de esta sentencia a partir del análisis efectuado en el capítulo anterior es que el voto de mayoría no justifica el primer requisito del test de proporcionalidad tal y como lo he sistematizado en esta tesis, es decir, que la diferencia de trato legal se funde en diferencias objetivas. Esto, sin embargo, no es problemático, ya que el requerimiento de inaplicabilidad sobre el cual la sentencia recae no cuestiona este hecho, como así tampoco lo hace el voto de minoría. Asumamos para estos efectos que la diferencia de trato legal que la norma efectúa se basa en diferencias objetivas.

En segundo lugar, recordemos que el voto de mayoría y el de minoría discreparon en la identificación del fin de la norma. Mientras que el de mayoría sostuvo, en base a la historia fidedigna de la ley, que es la protección de la integridad física y psíquica del menor que ejerce un rol pasivo en la relación sexual homosexual con un mayor de edad, el voto de minoría sostuvo, también en base a la historia fidedigna de la ley y además en base a su inadecuación²⁸, que el fin es imponer una determinada moral sobre la sexualidad. El primero de esos fines es legítimo, mientras que el segundo es ilegítimo, pero como ya expresé en el capítulo 4, es irrelevante que el fin que se aluda para justificar la constitucionalidad de una norma a la luz del derecho de igualdad ante la ley corresponda o no con la motivación interna del legislador, en la medida que el fin que se exprese sea

²⁸En el sentido de que una manifiesta inadecuación de la norma para el fin que se supone que persigue es indicativa de que en realidad persigue otro fin.

constitucionalmente legítimo (permitido u ordenado por la constitución, según el test que corresponda aplicar sea el estricto o el de mera razonabilidad, como vimos en el capítulo 2), y que respecto de dicho fin, la norma sea una vía idónea, necesaria y proporcional para promoverlo. Así las cosas, debemos analizar concesivamente el voto de mayoría y partir sobre la base de que el fin que la norma persigue es legítimo.

En tercer lugar, el voto de mayoría sostiene que criminalizar a quien ejerce el rol activo en la relación mencionada es idóneo para proteger la integridad física y psíquica del menor que ejerce el rol pasivo, puesto que este tipo de relación implica para el menor un riesgo para su desarrollo psicosocial y un daño a su dignidad como persona. Vimos respecto de esta argumentación que es inaceptable, pues no demuestra en qué consisten esos riesgos, salvo recurriendo a la posible corrupción del menor o a verse éste reducido a un mero objeto por el mayor. Sin embargo, esta argumentación es, como ya vimos, gratuita u homofóbica, según la interpretación que se le dé. Entiéndase aquí por argumentación homofóbica aquella que se basa en prejuicios injustificados respecto de las relaciones homosexuales, tales como que son intrínsecamente dañinas o intrínsecamente indignas. Además sostiene el voto de mayoría que la voluntad del menor no es suficiente para prevenir el daño, puesto que su autonomía sexual no está totalmente desarrollada. Sin embargo, el voto de minoría es efectivo en demostrar que esta autonomía se desarrolla justamente en base a la experiencia, lo que Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos reconocen expresamente a través del concepto de “autonomía progresiva”. Así las cosas, la norma impugnada aparece como inadecuada para proteger al menor.

En cuarto lugar, el voto de mayoría no justifica la necesidad de la diferencia de trato legal impuesta por la norma, lo que se explica por el hecho que, al parecer, los ministros que lo suscriben pretenden estar aplicando la versión menos exigente del test de proporcionalidad, es decir el “test de mera razonabilidad”. Hemos de recordar que jurídicamente esta aplicación es incorrecta, dado que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en presencia de categorías sospechosas de discriminación, como lo es la orientación sexual, corresponde aplicar el “test estricto de proporcionalidad”, que a

diferencia de la versión menos exigente, sí requiere justificar la necesidad de la norma, cosa que el voto de mayoría no hace.

En quinto lugar, el voto de mayoría justifica la proporcionalidad de la diferencia de trato legal que establece la norma impugnada en base al interés superior del niño, argumento que resulta irrelevante en tanto su ámbito de aplicación propio es aquél en que entran en conflicto la protección del menor y algún otro principio jurídicamente relevante, mientras que el voto de mayoría no logra justificar que la relación sexual ya descrita, siendo consentida por el menor, atente contra algún interés relevante de éste. De este modo, la norma es pura pérdida, pues perjudica la autonomía, la intimidad y la libertad tanto del mayor como del menor sin nada que lo justifique, siendo la criminalización de la conducta desproporcional.

En conclusión, tenemos una norma que al efectuar una diferencia de trato legal, en el mejor de los casos, se basa en diferencias objetivas y persigue un fin legítimo, pero es inadecuada, innecesaria y desproporcional para su promoción siquiera, y puesto que el test de proporcionalidad constituye una argumentación coordinada para justificar la constitucionalidad de una norma, la argumentación del voto de mayoría es insuficiente para dicha justificación. Así los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la norma quedan en pie, siendo por tanto inconstitucionales los efectos de su aplicación a cualquier caso concreto.

6.1.2. SENTENCIA ROL N° 1.881-10-INA, DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL

Esta sentencia no justifica el cumplimiento del primer requisito del test de proporcionalidad, al igual que la anteriormente analizada, y asimismo, ni la parte requirente ni el voto de minoría lo cuestionan.

En segundo lugar, sostiene que el fin de la norma es la procreación en base a la literalidad del artículo 102 del Código Civil. No obstante, he sostenido que la literalidad de la norma

no basta para afirmar una realidad jurídica si está desligada de todo efecto jurídico, de tal modo que no puede sostenerse que ese sea su fin actual. Además, la sentencia sostiene que la procreación es un fin legítimo dada su antigüedad y su acuerdo con tratados internacionales de derechos humanos. He sostenido que la antigüedad de dicho fin no tiene relación alguna con su legitimidad, y que la norma internacional a la que alude la sentencia no justifica la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio. Asimismo, he argumentado que la procreación como el fin de la norma no tiene sustento constitucional, así que atendida la aplicación del test estricto de proporcionalidad a este caso, debido a la presencia de categorías sospechosas de discriminación, debemos llegar a la conclusión de que el fin de la norma al que se alude no es legítimo.

En tercer lugar, aunque la sentencia justifica la adecuación de la norma en base a que parejas homosexuales no pueden procrear, argumenté que la norma es inadecuada en tanto no vuelve más probable la procreación ni dentro ni fuera del matrimonio.

En cuarto lugar, ninguno de los votos concurrentes de la sentencia justifica el cumplimiento ni de la necesidad ni de la proporcionalidad de la norma, en circunstancias que, como vimos en el capítulo, es parte de su carga de la prueba por tratar la sentencia sobre motivos sospechosos de discriminación, lo que da lugar al test estricto de proporcionalidad.

En conclusión, tenemos una norma que establece una diferencia de trato en base a diferencias objetivas, pero que no solo persigue un fin ilegítimo, sino además es inadecuada, innecesaria y desproporcional para hacerlo. Siendo la norma inconstitucional, lo es también su aplicación a cualquier caso concreto.

6.1.3. SENTENCIA ROL N° 2.681-14-INA, DE 30 DE DICIEMBRE DE 2014, SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL NÚMERO 4° DEL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.

En primer lugar, los ministros que suscriben las consideraciones para acoger el requerimiento no justifican que la diferencia de trato legal que produce la norma

impugnada se base en diferencias objetivas, pero en esta sentencia, a diferencia de las dos analizadas anteriormente, dicha omisión importa, pues los ministros que suscriben las consideraciones para acoger el requerimiento en efecto niegan acertadamente el cumplimiento de este requisito, señalando que una “conducta homosexual” no puede ser igualmente identificada por cualquier observador imparcial, y además, que la conducta es inseparable de la persona misma. En resumen, la diferencia de trato legal resulta basarse en diferencias subjetivas en los dos sentidos que son relevantes para el cumplimiento del primer requisito del test de proporcionalidad según se ha sistematizado.

En segundo lugar, las consideraciones para rechazar el requerimiento señalan que el fin de la norma es el resguardo de la “naturaleza heterosexual del matrimonio”, y justifican la legitimidad de dicho fin en la Convención Americana de Derechos Humanos y las Bases de la Institucionalidad de la Constitución. Reiterando un análisis de la sentencia Rol N° 1.881-10-INA, sostengo que la Convención Americana de Derechos Humanos no justifica una naturaleza heterosexual del matrimonio, y, en base a un análisis funcional, que no viendo cómo una “conducta homosexual” (por definición, extramatrimonial) puede afectar la “naturaleza heterosexual del matrimonio”, parece injustificado considerar que el resguardo de esta última pueda ser el fin de la norma.

En tercer lugar, dado que por injustificado que parezca considerar el resguardo de la “naturaleza heterosexual del matrimonio” como fin de la norma, ese es el fin que asume la sentencia, no podemos sino considerar que la norma es inadecuada para dicho fin por la misma razón señalada anteriormente: la “conducta homosexual” en cualquiera de sus interpretaciones jurídicamente plausibles no afecta de forma alguna la “naturaleza heterosexual de matrimonio”.

En cuarto lugar, he de destacar que esta es la única sentencia del Tribunal Constitucional sobre el tema que trato en esta tesis en que, para justificar el rechazo del requerimiento, se hace referencia al cumplimiento del requisito de necesidad del test de proporcionalidad. Esto es relevante por cuanto en las otras dos sentencias podemos, a grandes rasgos afirmar que los ministros que justifican rechazar los requerimientos aplican un “test de mera

razonabilidad”, mientras que en esta sentencia podemos afirmar que aplican el “test de proporcionalidad estricta”. Sin embargo, el sentido en el que justifica la necesidad de la norma es idéntico al que justifica la adecuación. Así las cosas, una norma que no es siquiera adecuada para obtener un fin determinado, menos aún puede ser necesaria para ello.

En quinto lugar, las consideraciones analizadas justifican la proporcionalidad de la norma en base a: primero, la discrecionalidad del juez para fijar una compensación económica, segundo, que la “conducta homosexual” es un hecho y, tercero, que la norma no compara dicha conducta con delitos graves. Sobre lo primero, he dicho que si bien la compensación económica es eventual, no por ello la vulneración a la igualdad ante la ley lo es, dado que dar lugar al divorcio por culpa no es una facultad, sino un deber del juez frente a ciertos requisitos, siendo el trato legal desigual para las relaciones homosexuales y heterosexuales fuera del matrimonio. Sobre lo segundo, las consideraciones para acoger el requerimiento son elocuentes: si bien la conducta homosexual es un hecho, es indistinguible de la persona que lo realiza, de tal forma que no es por ello menos atentatorio contra su dignidad. Sobre lo tercero, no justifican los ministros que suscriben estas consideraciones cómo es que, al igual que los delitos graves que son causales de divorcio por culpa, la “conducta homosexual”, por sí misma, también vuelve intolerable la vida en común. En general, e independientemente de que las afirmaciones para sustentar la proporcionalidad de la norma fuesen ciertas, el hecho es que pretenden justificar que los derechos de quien comete la “conducta homosexual” no se ven “desproporcionadamente” afectados, pero no niegan que sean afectados, de tal modo que, en circunstancias que el resto de los requisitos del test no se justifican correctamente, por mínima que sea la afectación para el sancionado, dicha afectación es desproporcional.

En conclusión, tenemos una norma para establecer una diferencia de trato basada en diferencias que no son objetivas, que no persigue un fin legítimo, y que resulta inadecuada, innecesaria y desproporcional. Siendo la norma inconstitucional, los efectos de toda aplicación suya a casos concretos lo será también.

6.2. PROPUESTAS

6.2.1. ¿CÓMO SE RESUELVE UN REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD POR VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY?

En las todas las sentencias analizadas, y tanto en los votos de mayoría como de minoría, el Tribunal Constitucional asume la carga de probar el cumplimiento de los requisitos del test de proporcionalidad. Así, en la sentencia ROL N° 1683-2010, el voto de mayoría dispone:

La igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados (Tribunal Constitucional, ROL 1683-10, de 4 de enero de 2011, considerando vigesimocuarto).

El voto concurrente del ministro Bertelsen en la sentencia N° 1881-10-INA afirma que la igualdad ante la ley “permite a la ley dar un trato diverso a las mismas cuando existe un hecho diferenciador relevante entre distintas personas, apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga” (Tribunal Constitucional, ROL 1881-10, de 3 de noviembre de 2011, voto particular concurrente del presidente del tribunal, ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, consideración 3) (con lo que concuerdan los ministros Venegas, Navarro y Aróstica). Finalmente, en la sentencia Rol N° 2681-14-INA, el rechazo del requerimiento se estructura justamente en base a los requisitos del test de proporcionalidad. En los votos de minoría, que optan por acoger los requerimientos, expresamente se afirma la necesidad de aplicar un “test estricto de proporcionalidad”.

En algunas de las sentencias se desarrollan tangencialmente argumentos destinados a probar la improcedencia de aplicar un control de constitucionalidad (la “reserva legal” y la “impugnación de un estatuto jurídico complejo”), así como otros destinados a probar la constitucionalidad de una norma por métodos alternativos al test de proporcionalidad (el “respeto de una realidad social” y los “principios estructurales esenciales de una institución”), pero, como ya vimos en el capítulo 5, estas argumentaciones son inaceptables

o irrelevantes, de tal manera que, en conclusión, la aplicación de una norma vulnera el Derecho de Igualdad ante la Ley cuando establece una diferencia arbitraria, y dicha diferencia es arbitraria cuando no cumple con el test de proporcionalidad.

6.2.2. ¿QUÉ TEST SE APLICA?

Ya vimos en el capítulo 2 que los votos que estuvieron por acoger los requerimientos en cada una de las sentencias analizadas sostuvieron la necesidad de aplicar un “test estricto” de proporcionalidad, el cual no caracterizan, pero parece ser que es más exigente que el aplicado en los votos que estuvieron por rechazar los requerimientos. En base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia comparada argentina y mexicana, hemos podido dilucidar la existencia de dos versiones del test de proporcionalidad.

Uno es el “test de mera razonabilidad”, aplicado cuando en el conflicto constitucional que se resuelve no hay involucradas categorías sospechosas de discriminación. El test asigna la carga de la prueba de demostrar la inconstitucionalidad de la norma al requirente. Los requisitos para su constitucionalidad son que la diferencia de trato se base en diferencias fácticas objetivas, que la norma busque un fin constitucionalmente permitido, que sea razonablemente adecuada para su obtención y que sea proporcional en sentido estricto.

El otro es el “test estricto de proporcionalidad”, aplicado cuando en el conflicto constitucional que se resuelva sí hay categorías sospechosas de discriminación involucradas. Esta versión del test asigna la carga de la prueba de demostrar la constitucionalidad de la norma al Estado. Sus requisitos son que la diferencia de trato se base en diferencias fácticas objetivas, que la norma busque un fin constitucionalmente obligatorio, que sea totalmente adecuada para su obtención, que sea necesaria para ello y que sea proporcional en sentido estricto.

Puesto que los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que analizamos en esta tesis son conflictos de constitucionalidad en los que está involucrada al menos una categoría sospechosa de discriminación, la orientación sexual, entonces en todos ellos, tal como afirman los votos disidentes, se debe aplicar el “test estricto de proporcionalidad”.

6.2.3. ¿SOBRE QUÉ SE APLICA?

Vimos que en una de las sentencias analizadas se usó como argumento para rechazar el requerimiento sobre el que recae, que los argumentos de inconstitucionalidad que éste daba no se referían a la aplicación de la norma impugnada, sino a la norma misma, concluyendo el tribunal que lo segundo es inadecuado para probar lo primero. Hemos visto también que hay argumentos jurídicos suficientes para considerar que si una norma es inconstitucional en sí misma, entonces cualquier aplicación de ella también lo será. De esto podemos desprender que tanto un análisis de constitucionalidad “en concreto” como “en abstracto” son apropiados para probar la inconstitucionalidad de la aplicación de una norma a un caso concreto, y por lo tanto dar lugar a que se acoja un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

6.2.4. ¿QUÉ ARGUMENTACIONES RESULTAN GENERALMENTE INAPROPIADAS PARA PROBAR LOS REQUISITOS DEL TEST?

A lo largo del análisis de cada una de las sentencias afirmé que muchos de los argumentos presentados por el Tribunal Constitucional para justificar el rechazo de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sometidos a su decisión fueron inaceptables, irrelevantes o insuficientes. Además de lo anterior, podemos identificar determinadas argumentaciones que no sólo son deficientes para las sentencias en que se expresaron, sino que son generalmente inapropiadas para justificar el cumplimiento del test de proporcionalidad. Las argumentaciones de este tipo que pude encontrar se referían en todos los casos al requisito de “legitimidad del fin”.

Una de ellas pretendía comprobar que el fin de la norma es efectivamente el que el Tribunal Constitucional señala, apelando a la literalidad de la norma que lo menciona, lo que como vimos, resulta inadecuado, puesto que la realidad jurídica está determinado no por lo que las normas dicen, sino por lo que hacen de tal manera que si el fin que la norma señala está desligado de todo efecto jurídico, entonces no se puede afirmar que ese sea su fin.

La segunda y tercera de esas argumentaciones pretendían comprobar la legitimidad de un determinado fin, apelando a la “legitimidad comparada” (es decir, que en otras normas legales perseguir ese fin es legítimo) y su antigüedad. Vimos que la segunda, en

tanto argumento analógico, nada dice respecto de la legitimidad en el caso respecto del cual se argumenta, a menos que se expliquen las razones comunes a ambos casos, que permitan llegar a la misma conclusión, siendo estas razones suficientes por sí mismas en tanto apelen a normas constitucionales, volviendo por tanto inadecuado apelar a otras normas legales como marco comparativo. Vimos también que la tercera no tiene relación alguna con la legitimidad de una norma a la luz de la constitución, en tanto no hay norma constitucional alguna que consagre la antigüedad como un valor o principio.

Así las cosas, independientemente de la materia que se trate, estas argumentaciones son siempre inapropiadas para comprobar el cumplimiento de los requisitos del test de proporcionalidad.

6.2.5. ¿QUÉ ARGUMENTACIONES RESULTAN GENERALMENTE APROPIADAS PARA PROBAR LOS REQUISITOS DEL TEST?

Mismo análisis podemos efectuar con argumentos generalmente apropiados para probar el cumplimiento de los requisitos del test de proporcionalidad.

Puedo notar dos argumentos destinados a probar que el fin de la norma que esgrime el Tribunal Constitucional es efectivamente imputable a dicha norma. Uno de ellos es la historia fidedigna de la ley, y otro es el funcional. El primero requiere, para ser apropiado, que se analice la historia completa de la norma, pues si así no es, se corre el riesgo de que cambios recientes hagan modificar la conclusión inicial. Esa dificultad es subsanada por el segundo argumento, que, de la forma en que fue usado en un voto disidente, permite descartar como fines de la norma aquellos que la norma claramente no permite obtener. De cierta forma este último argumento pretende probar el fin de la norma recurriendo a su adecuación, pero no me parece problemático por cuanto es un argumento sintomático razonable.

Otros dos argumentos están destinados a probar que el fin de la norma es legítimo. Uno de ellos consiste en relacionarlo con normas de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y el otro con normas de las Bases de la Institucionalidad de la Constitución Política de la República. Ambos argumentos son generalmente apropiados dado que la legitimidad del fin está dada precisamente porque éste sea permitido por la Constitución (en el test de mera razonabilidad) u ordenado por ésta (en el test estricto de proporcionalidad), y ambos cuerpos de normas a los que aluden estos argumentos tienen rango constitucional.

Recordemos que, como en el caso de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fundados en la vulneración de la igualdad ante la ley por discriminación por orientación sexual, se debe aplicar el test estricto, se requiere que mediante estos argumentos necesariamente se presente el fin de la norma como indispensable para el cumplimiento de un mandato constitucional.

Un último argumento generalmente apropiado está destinado a probar la proporcionalidad del trato desigual establecido por la norma, y consiste en el interés superior del niño. Este es un argumento especial, como vimos, ya que establece un parámetro objetivo de proporcionalidad estricta: estando en juego el interés del niño, este siempre debe privilegiarse. Como vimos, el problema del Tribunal Constitucional, al recurrir a este argumento, fue no haber probado que el interés del niño estuviese en juego.

6.2.6. ¿QUÉ PODEMOS DECIR DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SENTENCIAS ANALIZADAS?

En todas las sentencias analizadas podemos ver una aplicación relativamente sistemática del test de proporcionalidad, mas con los siguientes problemas:

- 1) En ocasiones, el Tribunal Constitucional desarrolla argumentaciones que rivalizan con el test como marco de análisis respecto de la constitucionalidad de una norma, que ya hemos visto, son improcedentes.
- 2) No hay una doctrina unificada respecto a si existe un solo test de proporcionalidad o si los requisitos varían en intensidad según la circunstancia. Así, todos los votos de minoría afirmaban lo segundo, mientras que en general los de mayoría afirmaban lo primero, con excepción de la tercera sentencia analizada, en que el voto de mayoría parece argumentar sobre el requisito de la necesidad, correspondiente a un test estricto.
- 3) No siempre los requisitos del test son sistemáticamente aplicados. Así, en la tercera sentencia analizada, el argumento de la necesidad que desarrolla, tiene exactamente el mismo contenido que la adecuación.
- 4) El Tribunal Constitucional no establece límites claros para cada requisito del test. Así, por ejemplo, se refiere al requisito de “licitud del fin” sin establecer parámetros para evaluar dicha licitud, en circunstancias que tribunales como el argentino y el mexicano son claros en establecer que es la reconducción a una autorización o un mandato constitucional

lo que configura tal licitud, según se trate de un test de mera razonabilidad o un test estricto.

5) Las argumentaciones que ofrece el Tribunal Constitucional para probar cada requisito son, en su mayoría, inaceptables, irrelevantes o insuficientes, de tal forma que sus sentencias resultan arbitrarias.

Al igual que parte de la doctrina nacional, sostengo que las fallas argumentales del Tribunal Constitucional se deben más a prejuicios que a errores jurídicos, dado que el resultado de todos estos errores es siempre el mismo: la legitimación de tratos desiguales en perjuicio de minorías sexuales, que implican desde la privación de derechos civiles a la criminalización de prácticas sexuales consentidas. Así las cosas, espero que esta tesis sea un aporte para establecer estándares objetivos según los cuales podamos juzgar las sentencias del Tribunal Constitucional, pero no tengo la expectativa de que estos parámetros vayan a ser utilizados por la mayoría de sus ministros, dado que el que aquellos que sostuvieron los votos de mayoría cambien o no de criterios obedece más a si mantienen o no sus prejuicios respecto de la homosexualidad como algo inmoral o dañino. Así, es probable que el nombramiento de ministros con menos prejuicios tenga mejores resultados que el nombramiento de ministros técnicamente más capacitados. Bien se ha dicho que el derecho constitucional es política institucionalizada, y por mucha institucionalidad que lo limite, al fin y al cabo no deja de ser política.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 11, 3-14.
- Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *La razón del derecho. Revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas* 1, 1-15.
- Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública* 135 , 495-522.
- Bascuñán, A. (2011). La Prohibición Penal de la Homosexualidad Masculina Juvenil (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, rol n° 1683-2010). *Estudios Públicos* 124, 113-137.
- Bascuñán, A., Couso, J., Cox, J. P., de la Fuente, F., Fernández, J. Á., Guzmán Dálbora, J. L., y otros. (2011). La Inconstitucionalidad del Artículo 265 del Código Penal. Infome en Derecho. *Revista de Estudios de la Justicia* 14, 73-109.
- Blair, J. A. (2012). *Groundwork in the Theory of Argumentation. Selected Papers of J. Anthony Blair*. Windsor: Springer .
- Carbonell, M. (2011). Los Derechos de Igualdad en el Constitucionalismo Contemporáneo. *Resvista de Derecho Público* 74 , 57-86.
- Casas, L., & González, J. P. (2012). Estereotipos de género en sentencias del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Público* 1, 250-272.
- Cisternas, L. (2011). Comentario al Fallo del Tribunal Constitucional Rol 1683-10, sobre el Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del art. 365 del Código Penal Chileno. *Revista de Derechos Fundamentales* , 181-188.
- Correa Sutil, J. (2011). Jurisprudencia de TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología? *Anuario de Derecho Público* 1, 96-126.
- Couso, J., & Coddou, A. (2010). La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional: un desafío pendiente. *Estudios Constitucionales* 8(2), 389-430.
- Eemeren, F. v., & Grootendorst, R. (2002). *Argumentación, comunicación y falacias: una perspectiva pragma-dialéctica*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

- Fernández, J. Á. (2016). La constitucionalidad del delito de sodomía chileno en el nuevo contexto de la ley antidiscriminación y el caso Atala. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 20 , 85-116.
- Filloy, M., & Soto, M. d. (2010). *Accion de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: análisis jurisprudencial del periodo de marzo del año 2006 a marzo de 2010 en cuanto a los criterios de admisibilidad*. Santiago: Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile.
- García García, J. F. (2011). El tribunal constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. *Revista Chilena de Derecho* 38(1), 101-138.
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.
- Íñiguez, A. (2014). La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley. *Reista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII*, 495-516.
- Matus, J. P., Politoff, S., & Ramírez, M. C. (2007). *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General- Parte Especial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Muñoz, F. (25 de Julio de 2016). *En Chile la procreación no es jurídicamente un fin del matrimonio: a propósito del debate sobre matrimonio igualitario*. Recuperado el 6 de Junio de 2018, de sitio Web de RedSeca. Revista de crítica política, social y cultural: <http://www.redseca.cl/en-chile-la-procreacion-no-es-juridicamente-un-fin-del-matrimonio-a-proposito-del-debate-sobre-matrimonio-igualitario/>
- Nogueira, H. (2006). El Derecho de Igualdad ante la Ley, la No Discriminación y Acciones Positivas. 799-831.
- Silva Irarrázaval, L. (2012). La constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil ante el tribunal constitucional. Comentario crítico del requerimiento de inaplicabilidad fallado en la sentencia Rol N° 1.881, de 3 de noviembre de 2011. *Revista Ius et Praxis* 18(1), 457-482.
- Snoeck Henkemans, A. (1997). *Analysing Complex Argumentation: The Reconstruction of Multiple and Coordinatively Compound Argumentation in a Critical Discussion*. Amsterdam: SicSat.
- Treacy, G. F. (2011). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Lecciones y Ensayos* , 181-216.

van Eemeren, F., & Grootendorst, R. (2002). *Argumentación, Comunicación y Falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Vial, T., & Del Pino, S. (2015). El Tribunal Constitucional y la homosexualidad: análisis de las sentencias roles 2435 y 2681, a la luz de su jurisprudencia anterior sobre discriminación por orientación sexual. *Anuario de Derecho Público*1, 261-294.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12.057, de 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12.502, de 24 de febrero de 2012.

Suprema Corte de Justicia de México, 8/2014, de 11 de agosto de 2015

Tribunal Constitucional, Rol No. 546-06, de 16 de noviembre de 2006.

Tribunal Constitucional, Rol No 558-06, de 5 de junio de 2007.

Tribunal Constitucional, Rol No. 679-06, de 26 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional, Rol No. 797-07, de 24 de enero de 2008.

Tribunal Constitucional, Rol No. 810-07, de 24 de enero de 2008.

Tribunal Constitucional, Rol No. 1038-08, de 14 de agosto de 2008.

Tribunal Constitucional, ROL 1254-08, de 15 de octubre de 2008

Tribunal Constitucional, ROL 1724-10, de 11 de mayo de 2010

Tribunal Constitucional, Rol No. 1683-10, de 4 de enero de 2011.

Tribunal Constitucional, Rol No. 1881-10, de 3 de noviembre de 2011.

Tribunal Constitucional, Rol No. 2681-14, de 30 de diciembre de 2014.