



“LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL: UN
ANÁLISIS DESDE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL.”
MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.

NOMBRE TESISTA: BRUNO ALBERTO NILO MENA

PROFESORA GUÍA: ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO

2021

Indice.

Resumen.

Introducción.

Capitulo I. Concepto de igualdad constitucional.

1. Etimología y definición del concepto “Igualdad”.
2. Perspectiva filosófico-política del concepto “Igualdad”.
3. Reconocimiento normativo y doctrinario.
 - 3.1. El concepto de igualdad en la Constitución Política de la Republica.
 - 3.2. Reconocimiento internacional.
4. Comprensión jurisprudencial.

Capitulo II. Principio de la no discriminación y el principio de igualdad.

5. Significado de la no discriminación.
6. Menciones y prohibiciones de discriminación en el ordenamiento jurídico.
7. Diferencias entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Capitulo III. Categorías constitucionales sensibles o sospechosas.

8. Origen y significado.
9. Principales sentencias en su desarrollo.
10. Características que determinan a un grupo como categoría sensible.
11. Modificación del estándar de escrutinio.

Capitulo IV. Principio de proporcionalidad, juicio de ponderación o prohibición del exceso.

12. Función y orígenes del principio de proporcionalidad.
13. Estructura del principio de proporcionalidad.

14. Aplicación del principio de proporcionalidad.

15. Principio de proporcionalidad y el poder legislativo.

Capítulo V. Bloque constitucional, norma de reenvío, deberes internacionales y el principio pro hominem.

16. El bloque constitucional.

17. Obligaciones desde la norma de reenvío.

17.1. Resolución desde el criterio de temporalidad.

17.2. Evolución en la jurisprudencia.

18. Aplicación del principio pro hominem.

Capítulo VI. El matrimonio civil chileno.

19. Concepto y regulación.

20. Requisito del matrimonio civil.

20.1. Requisitos de existencia.

20.2. Requisitos de validez.

21. Clases de impedimentos.

Capítulo VII. La inconstitucionalidad del matrimonio civil.

22. Diferenciación en el acceso y restricción de derechos.

23. Criterios de distinción.

24. Condición social de los sujetos afectados por la norma.

25. Razonabilidad ofrecida.

25.1. Revisión y crítica de argumentos formales esgrimidos para rechazar el requerimiento.

25.2. Revisión y crítica de los pronunciamientos sobre el fondo que justifican la constitucionalidad del artículo 102 del código civil.

25.2.1. La condición de hombre y mujer.

25.2.2. La procreación.

25.2.3. La familia.

26. El juicio de proporcionalidad.

26.1. Idoneidad de la medida.

26.2. Necesidad de la medida.

26.3. Proporcionalidad en sentido estricto.

Conclusión.

Bibliografía.

Resumen.

El presente trabajo expone las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que han configurado el estándar de escrutinio que debe observar el examinador de una norma o de un acto estatal por el cual se restrinjan los derechos fundamentales, particularmente el derecho de igualdad, en virtud de los cuales se pueda determinar su adecuación a las normas de la Constitución Política de la República. Determinado este marco teórico se ingresa de lleno en la defensa de nuestra postura que señala la inconstitucionalidad del matrimonio civil actual por no satisfacer el estándar de razonabilidad en la distinción que impone el principio de igualdad.

Palabras clave: Principio de Igualdad, Principio de No Discriminación, Categoría Sensible, Razonabilidad, Proporcionalidad, Bloque de Constitucionalidad, Principio Pro Hominem.

Introducción.

El objetivo principal del presente trabajo consiste en realizar un análisis crítico de la institución actual del matrimonio civil contemplado en el artículo 102 del Código Civil el cual en su redacción y comprensión actual consagra la posibilidad de contraer nupcias únicamente para parejas heterosexuales excluyendo de la regulación necesaria a las parejas del mismo sexo, las cuales, junto con verse sujetas a normativa diversa en este orden, como es el caso del acuerdo de unión civil, ven mermada su condición de individuos en el acceso igualitario a parte de los derechos civiles manteniéndose de esa forma en una situación de casta o de segunda categoría ciudadana.

Junto con el análisis de la ley, se pretende hacer una revisión de los estándares que la doctrina, jurisprudencia y normativa tanto nacional como internacional han construido para enfrentar casos de restricción de derechos fundamentales, de tal manera que, una vez expuestos los elementos utilizados en el juicio por los entendidos en la materia, se pueda proceder al examen de la norma en búsqueda de la prueba de razonabilidad exigida para excluir de la institución civil a las parejas del mismo sexo. Nuestra parte sostiene que las principales razones expuestas hasta ahora y recogidas por el Tribunal Constitucional no alcanzan a satisfacer el alto nivel de prueba que se exige al Estado para que este pueda restringir los derechos de ciertas personas con distinción a otras, perspectiva que hemos elaborado desde el Principio de No Discriminación, la doctrina de las Categorías Constitucionalmente Sensibles, el Principio de Proporcionalidad, entre otras, y cuyo desarrollo posterior nos permitirá esquematizar nuestros argumentos.

Más allá de las eventuales reformas legales que se puedan dar en el país en el orden de habilitar el matrimonio igualitario, creemos necesario demostrar la falta de adecuación de la institución en comento a la Norma Fundamental por los siguientes motivos ; en primer lugar, por el interés y deber de la academia de examinar, criticar y proponer ideas que ayuden a mantener la coherencia orgánico-jurídica y el respeto a los márgenes que la Constitución Política de la Republica impone al legislador y a los organismos del Estado. En segundo lugar, por el rol político que cumplen los agentes del derecho cuyas formas de interpretar el ordenamiento repercuten directamente en la amplitud de las garantías humanas y de la libertad personal,

pretendiéndose por esta vía hacernos parte de aquellos sectores de la población que merecen una reivindicación histórica.

Para ello la exposición se organizará en VII capítulos que permitan fundamentar la hipótesis mencionada.

El primero de ellos dedicado a la definición de los conceptos que surgen desde la Constitución, la Jurisprudencia y la Doctrina que construyen el marco en el que se abarcará el Principio de Igualdad Constitucional, pudiendo establecerse de esta forma las bases necesarias para el trabajo interpretativo de la norma cuestionada y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, particularmente en lo referido a las garantías constitucionales operando como límite a la actividad del Estado. Para ello revisaremos los principales artículos de la Carta Fundamental en esta materia, la evolución que tal principio ha ido experimentando en aquellos fallos del Tribunal Constitucional que por su relevancia lo han configurado y reconfigurado, así como también una breve descripción del entendimiento que se posee sobre el Principio de Igualdad a nivel internacional y los instrumentos que lo resguardan y prescriben a los Estados parte.

El segundo capítulo estará enfocado en el Principio de la No Discriminación y su relación con el imperativo de igualdad y la tradicional fórmula aristotélica que plantea el tratamiento “igual de los iguales y desigual de los desiguales” junto a las consideraciones que la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han desarrollado sobre este.

A continuación, y más adentrados en el tema particular de este trabajo, revisaremos en el **capítulo tercero el concepto de Categoría Sospechosa o Sensible** como parte del trabajo doctrinario y jurisprudencia constitucional, los fallos que le dieron origen y el contexto en el que se enunciaron, la fórmula lógica que lo caracteriza, ejemplos de dicha fórmula y su relevancia a propósito del estándar de razonabilidad exigido al legislador al momento de crear leyes que impliquen tratos diferenciales entre distintos sectores de la población. Junto con ello se revisará la alteración del estándar de razonabilidad exigible al incorporarse la noción de Categorías Sensibles, comenzando de este modo a evidenciarse las insuficiencias y faltas del legislador al establecerse la norma matrimonial en comento.

Dentro del juicio de razonabilidad cobra especial relevancia la aplicación del **Principio de Proporcionalidad** y la forma en que los tribunales le han dado aplicación en el análisis de los actos estatales que limiten la esfera de derechos de los individuos, razón por la cual enfocaremos el **capítulo cuarto** a revelar su fórmula y características.

Junto con las normas internas que garantizan la esfera individual, el estado de Chile se encuentra suscrito a diversos **tratados internacionales** en materias de derecho humanos que imponen una obligación y un **estándar de cumplimiento a los organismos internos** desde el momento que la misma Constitución, por medio de la norma de reenvío, y el bloque de constitucionalidad, los integra, como exploraremos en el **capítulo quinto**.

Ya en el **sexto capítulo** nos enfocaremos en realizar un **análisis de la institución del matrimonio civil actual**, haciendo un breve recorrido por sus características, requisitos y limitaciones, para, en el **capítulo séptimo**, **revisar los fines que persigue tal institución evidenciando con ello la falta de fundamentos suficientemente razonables para legitimar la exclusión de las parejas del mismo sexo** y la vulneración que conlleva del principio constitucional de la igualdad que habremos definido en los capítulos anteriores.

Siendo justos con la historia, los objetivos perseguidos en este trabajo no podrían llamarse propiamente novedosos. A lo largo de las últimas décadas las demandas por la igualdad en el acceso a los derechos civiles de las diversidades sexuales han tomado un lugar relevante en la palestra de la opinión pública convirtiéndose en verdaderos movimientos políticos de envergadura internacional. En otras partes del continente y del mundo el matrimonio civil se encuentra garantizado para todo ciudadano en adecuada armonía con los principios de un estado democrático. En el nuestro, por el contrario, nos encontramos en una etapa donde se han realizado intentos por declarar inaplicable la norma ante la intransigencia del legislador por modificarla que han resultado infructíferos y que en cambio se han subsanado creando instituciones diversas que resultan insuficientes para resolver el problema que conlleva la existencia del matrimonio en los términos actuales. Es por esto, en definitiva, que nos encontramos en la necesidad de adherir a la causa por la máxima aplicación del principio de igualdad, buscando en este trabajo dejar en evidencia las faltas jurídicas que se traducen en la existencia de una institución discriminadora, por medio de las herramientas que nos entrega la academia y que debemos poner al servicio del desarrollo de una sociedad más justa.

Capítulo I. Concepto de igualdad constitucional.

1. Etimología y definición del concepto “igualdad”.

El concepto de igualdad desde el Diccionario de la Real Academia, se define, según nos menciona Miguel Carbonell, a propósito de la perspectiva Lógico Lingüística, como la “*Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad*” así como “*Correspondencia o proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo*”.¹

Encuentra su origen en el vocablo latino *aequalitas* que significa básicamente “llano” o “equilibrado” y reside su esencia en las ideas de proporcionalidad y armonía.

En el campo de las matemáticas se le dan sus primeros usos en un entorno científico respecto a la equivalencia entre dos términos, permitiéndose concluir que en una relación de igualdad “*lo que se aplique a uno de los términos también puede aplicársele al otro persistiendo la igualdad*”.²

La mayoría de los autores que se pronuncian sobre el concepto de Igualdad reconocen la complejidad que la caracteriza debido a los múltiples significados que pueden atribuírsele dependiendo de la perspectiva desde la que se observa y el área del conocimiento al que pretende ser aplicada. En esta línea, por ejemplo, el profesor Carbonell en su publicación “*Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo*” realiza clasificaciones conceptuales de la igualdad desde las perspectivas lógico-lingüística; filosófico-política; y la perspectiva jurídica. Por otra parte, dependiendo de los fines con los que se utilice el concepto podemos observar que, en el ámbito económico, por ejemplo, hace referencia principalmente a un criterio para la distribución de bienes y así mismo se le pueden atribuir otros múltiples significados y sentidos.

Con todo, este carácter versátil del concepto no ha quedado exento de críticas, principalmente por identificarse a su respecto dos problemas fundamentales en su fórmula: la Vacuidad y la Equivocidad.

¹ Carbonell, Miguel “*Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo*”, Santiago, Revista de Derecho Público, 74, Págs. 57-86. (2015) pp. 60

² <https://significado.net/igualdad/>. revisado con fecha 8 de agosto de 2018. 21:30 horas

El primero de sus grandes reproches, desarrollados por Díaz de Valdés, es el de ser una fórmula vacía. “*sin contenido real más allá del meramente relacional, por cuanto no provee un criterio sustantivo de comparación.*”³, con lo que la idea de igualdad no sería más que una denominación distinta para cualquier criterio que se utilice en la comparación de dos entidades, sin entregar algún estándar de priorización, de aplicación a situaciones particulares ni, en definitiva, certeza sobre los resultados esperables de una comparación cualquiera, toda vez que las conclusiones variarían dependiendo de la infinidad de criterios que podrían aplicarse en un determinado momento. En otras palabras, al carecer de contenido propio, el concepto de Igualdad estaría en un estado de permanente dependencia del contexto por lo que difícilmente permitiría realizar análisis y lograr conclusiones a priori de un determinado fenómeno.

La Equivocidad por su parte, da cuenta, como mencionábamos anteriormente, de la multiplicidad de significados y acercamientos que existen sobre un mismo concepto dependiendo de la óptica y área desde el que se analice, lo que trae como consecuencia que las demandas de igualdad sean, así mismo, considerablemente diversas, llegando incluso, como menciona el autor, a resultar incompatibles en determinadas circunstancias.

Con todo, la propuesta que en términos genéricos ayudaría para enfrentar estas características de la fórmula vendría siendo la identificación del objeto y el fin en la demanda: igualdad de qué e igualdad para qué, permitiendo así comenzarse con la definición del problema y el hallazgo de la solución. Para el caso del trabajo presente, la igualdad de acceso a las instituciones civiles tiene por objetivo la integración social de un grupo minoritario por medio del reconocimiento institucional de la administración misma de la comunidad determinada. Así, la óptica que nos interesa entre las variadas opciones que abordan el concepto de igualdad será claramente la jurídico-normativa.

Sobre esta, Francisco Laporta⁴ refiere que la característica esencial de la igualdad normativa es que no se preocupa de describir la realidad o identificar un estado natural de las cosas sino que se pronuncia como un principio sobre el cual deben estructurarse las valoraciones que se hagan

³ Díaz de Valdés, José Manuel “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja*”, Santiago. Revista Chilena de Derecho. Vol.42. N°1 (2015) pp.155

⁴ Laporta. Francisco J, “*El principio de igualdad: introducción a su análisis*”, Madrid, Editorial Sistema, Revista de ciencias sociales, N° 67. pp.3-31 (1985) p.3

sobre las personas, objetos o situaciones. Es decir: el entendimiento de la igualdad para efectos jurídicos se origina siempre desde el deber ser.

Así, concluyendo, las formas de igualdad afines para la hipótesis aquí sostenida, obedecen a lo que entiende la doctrina como igualdad jurídico-normativa que parte desde consideraciones del deber ser de las cosas y no del estado en que se encuentran. De tal forma que, la comprensión y aplicación del concepto de Igualdad supondrá siempre una identificación del sistema de valores a que adscribe el intérprete, valores que, en definitiva, cimientan la base de “lo que se cree que debe ser”.

2. Perspectiva filosófico-política del concepto de “igualdad”.

Aplicada en un contexto de organización y estructuración social llegamos necesariamente a la conclusión de que la igualdad obedece a fines instrumentales. La igualdad por mera igualdad no tiene mucho sentido más que como ejercicio intelectual de comparación entre dos entidades si es que con ella no van aparejados objetivos respecto de los cuales se debe ser tratado. Como el ámbito público en el estado de derecho se dibuja en base a lo que está permitido, la idea de igualdad cobra relevancia al darle contenido a la forma en que están permitidos los actos.

Ahora bien, como señalamos anteriormente, la fórmula de igualdad se caracteriza por su “vacuidad”, por lo que resulta necesario dotarla de contenido para que su aplicación guarde coherencia con la situación y los sujetos comparados. Contenido que se construye principalmente desde los principios filosóficos y políticos del contexto en el que se aplica.

La calidad de estado democrático entonces define el primer marco sobre el que observamos la Igualdad habiendo una estrecha relación entre tales conceptos, especialmente al afirmar que, en este tipo de gobierno, los sujetos son considerados como iguales para efectos de la dirección y participación en las instituciones civiles. En este sentido se pronuncian los autores Luis Salazar y José Woldenberg señalando que *“La igualdad jurídica y política de todos los ciudadanos es el segundo valor fundamental de la democracia moderna. Este valor no significa que se cancelen todas las diferencias o incluso desigualdades de corte económico, social, cultural o físico, sino que ninguna de tales diferencias o desigualdades puede legitimar el dominio de unos*

*seres humanos sobre otros y, por ende, la preeminencia política de los primeros sobre los segundos”.*⁵

En la misma línea cabe considerar que el estado democrático asegura el acceso de los individuos a todas las formas de derechos existentes que no estén limitadas a condiciones especiales o dirigidas a grupos en particular. Es decir: basta cumplir con los requisitos que prescribe la ley para tener acceso al contenido de un determinado derecho, y por regla general, el acceso a los derechos civiles tendrá como único requisito la calidad de persona natural y eventualmente la calidad de nacional de un estado. Los mismos autores se pronuncian en este sentido al señalar que la igualdad política democrática *“no sólo se realiza en los comicios: implica, por el contrario, que todo ciudadano goza de los mismos derechos y de las mismas obligaciones y, por consecuencia, que no existan grupos, clases o capas sociales privilegiadas con derechos políticos especiales ...”*⁶

En consecuencia, la igualdad y la libertad funcionan sin lugar a dudas como el cimiento sobre los que descansa un ordenamiento jurídico democrático y, por lo tanto, el derecho de auto-determinación, que se materializa institucionalmente en el derecho a voto y de otras diversas tomas de decisiones civiles, como la disposición sobre los bienes o el mismo acto de matrimonio, debe traducirse en un igual derecho de conducción personal habiendo un mismo grado de libertad asegurado para todas las personas.⁷

3. Reconocimiento normativo y doctrinario.

3.1. El concepto de igualdad en la Constitución Política de la República.

Con la diversidad que la caracteriza, es innegable el reconocimiento que se realiza sobre la igualdad en la Carta Fundante del Estado. En esta ocasión, versando su multiplicidad en las

⁵ Salazar Luis y Woldenberg José. *“Principios y valores de la democracia”* Primera Edición, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, (2016), p.36

⁶ Ídem

⁷ Wolfgang Böckenforde, Ernst, *“La democracia como principio constitucional”*. (Estudios sobre el estado de derecho y la democracia, Madrid, Trotta) pp.82-83 (2000)

formas de señalarse a lo largo del cuerpo normativo, como señala Gastón Gómez Bernales⁸, el que identifica las distintas voces y actitudes con que se nombra.

Así, podemos encontrar la Igualdad como una Obligación para con las personas en la prohibición de que la ley o autoridad establezcan discriminaciones arbitrarias, como Finalidad de la actividad del Estado orientando sus tareas administrativas, legislativas y judiciales (a cuyos actores también obliga para con las personas) y en la exigencia que ciertos procedimientos y actos sean igualitarios (el voto y tratamiento electoral en general).

Por los demás, la forma más explícita de igualdad se encuentra reconocida en los artículos 1° de la Constitución Política de la República el cual dispone que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” y 19 N°2 según el cual “*La constitución asegura a todas las personas: (...) La igualdad ante la ley*”.

Posicionada en distintos sectores del cuerpo constitucional, tal principio articula y caracteriza sus enunciados dando a la vez criterios interpretativos desde donde abordar las garantías básicas y obligaciones del ciudadano y la administración. Del mismo modo, cumple una función de base en la anatomía de la constitución en lo que la doctrina del profesor Nogueira ha llamado “La Trilogía Ontológica”⁹ que básicamente plantea el reconocimiento de la libertad, dignidad e igualdad del artículo 1° de la Constitución, como factores modeladores y fundantes de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

Incluso, desde esta misma línea, en términos tangibles del liberalismo clásico Rousseano, es posible concluir que el valor esencial que da origen a un estado democrático de derecho es la igualdad, toda vez que la libertad y la dignidad son una consecuencia de la condición humana, y la condición humana a su vez es la característica que nos lleva a considerarnos iguales; es decir: nuestra igualdad en humanidad se proyecta en términos racionales como el valor jurídico esencial que nos permite y orienta a reconocernos en dignidad y relacionarnos en libertad.

3.2. Reconocimiento internacional.

⁸ Gómez Bernales, Gastón, “*El Principio de Igualdad Constitucional*”. Santiago. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Veinte años de la Constitución Chilena 1981-2001.(1997), p165.

⁹ Nogueira Alcalá, Humberto “*Dogmática constitucional*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (1997) p.113

Esta misma relevancia se reconoce a la idea de Igualdad en múltiples tratados y acuerdos entre gran parte de los países del globo, los que en forma sistemática desde los terrores de la segunda guerra mundial se han dedicado a consagrar en términos más o menos similares el principio de igualdad en derechos civiles, políticos, económicos, sociales, etc.

Así, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos considerando que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,”* y que *“los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”*¹⁰, en el mismo sentido continúan sus artículos 1° sobre el nacimiento en libertad e igualdad, artículo 2° sobre la titularidad de derechos sin distinción de raza, sexo, idioma, religión (...) o cualquier otra índole, su artículo 7° sobre la igualdad ante la ley e igualdad de protección de la ley, y artículo 10° sobre el derecho a ser oído en plena igualdad por tribunales de justicia, entre otros.

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos reafirma la posición originaria de derechos que posee la Igualdad declarando que *“los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...”*¹¹, señalando posteriormente en su artículo 25 que *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”* Esto como consecuencia de la idea de Igualdad formal donde ella solo existe en virtud del trato que la ley da a las personas.

Relevante es mencionar que debido a la amplitud del concepto de Igualdad y la materia que atañe a cada tratado, estos se han enfocado en determinar el objeto de la igualdad según el área de que se trate. Así el convenio N°111 de la Organización Internacional del Trabajo habla de la no discriminación en la selección de los trabajadores y en el desarrollo de sus funciones; la

¹⁰ Res. A.G. 217 A(III), Doc. ONU A/810 en 71 (10 de diciembre de 1948).

¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre. 1969

Convención de UNESCO lo aborda desde la no discriminación en la enseñanza por motivos de raza, color, sexo, religión, etc. Lo que revela la cobertura del Principio de Igualdad en todos y cada uno de los accesos a derechos civiles.

La importancia de este reconocimiento en el rango normativo internacional, reside en que, como menciona Raúl Canosa “*el reconocimiento planetario de los derechos que consagra así una verdadera igualdad universal, no es fruto de un pacto constitucional en el que participen los ciudadanos sino un pacto entre Estados que se comprometen a hacer efectivos, en sus respectivas jurisdicciones, los derechos proclamados*”. El valor de estas declaraciones se aprecia justamente en que la protección del derecho será exigible frente a los Estados suscriptores y no ante una comunidad internacional hipotética y abstracta¹², lo que en definitiva supone establecer un sujeto pasivo determinado al que dirigir las acciones al momento de exigir un determinado derecho traduciéndose así en una garantía para el individuo.

Finalmente, el lugar sobre el que orbitan tales instrumentos internacionales se encuentra en la estipulación del artículo 5° de la Constitución Política de la República que reconoce como limitación a los ejercicios de soberanía los derechos que emanan de la naturaleza humana garantizados en la constitución “*así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”, lo que, por una parte, establece la obligación para el Estado de Chile de reconocer y respetar el contenido de los tratados internacionales ratificados y vigentes, y por otra parte permite determinar la jerarquía constitucional de dichos tratados toda vez que su obligatoriedad se encuentra estipulada en la misma Constitución Política como una limitación a la soberanía del Estado, lo que, como se verá más adelante, cobra especial relevancia al revisar la adecuación del ordenamiento interno a la noción de Igualdad presente en nuestra Carta Fundante.

4. Comprensión jurisprudencial.

El espacio normativo o positivo de las reglas que configuran el ordenamiento, la norma escrita propiamente tal, define el contorno de la de la estructura comunitaria, la limitan, le dan forma y permiten que el cuerpo social exista y se desarrolle de manera organizada y más o menos estable.

¹² Canosa Usera, Raúl “*Igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos*”. España (Revista Europea de Derechos Fundamentales 2008• ISSN 1699-1524. N°11 (2008)) Páginas 39-66

Los principios jurídicos por su parte, articulan esta figura entregándoles movilidad y posibilitando su desplazamiento en conformidad los objetivos políticos de dicha comunidad.

En la definición de esta figura de sociedad abstracta, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia cumplen el rol fundamental de materializar estos principios desde las interpretaciones y lecturas que realizan de las normas, encaminándolas y entregándoles un sentido acorde al ideario de justicia.

Hasta ahora hemos entendido la Igualdad como un valor u objetivo reconocido por el ordenamiento en sintonía del cual debe orientarse la actividad de las personas y del estado. Pero su constitución como principio en torno al cual el ordenamiento debe movilizarse se vuelve tangible por medio de los fallos que realizan los tribunales, en los que definen y dan contenido a las normas abstractas de Igualdad. Sentencias que, conforme al cambio del contexto en que se emiten, han ido también evolucionando y nos permiten identificar el desarrollo del Principio de Igualdad.

En su obra *¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional?*¹³ José Manuel Díaz de Valdés nos lleva a un recorrido sobre los 3 principales fallos que se han realizado desde los años 80 y que han dado forma a los cimientos sobre los cuales se ha levantado gran parte de la jurisprudencia posterior sobre el Principio de Igualdad Constitucional.

Comenzando por el fallo Rol N°28 de 1985 sobre un proyecto de ley que establecía normas para las entidades financieras en liquidación, se daría inicio a la extensa línea jurisprudencial que nos alcanza en el voto minoritario de Eugenio Valenzuela Somarriva sobre la lectura del artículo 19 N°2: *“las normas jurídicas deben ser siempre iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares”* (considerando 4). Consagrando la fórmula aristotélica clásica de igualdad y estableciendo, en palabras del autor, una restricción al legislador en su libertad edificadora de normas la cual no puede crear grupos privilegiados o desaventajados.

¹³ Díaz de Valdés, José Manuel *“¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional?”* Chile, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista Ius et Praxis, Año 21. N°2, pp. 317-372 (2015)

El siguiente fallo relevante será el de Rol N°53 de 1988 sobre la Ley N° 18.700 Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, a propósito de la “plena igualdad” exigida por la Constitución Política de la República. En él se acudirá a la doctrina del fallo anterior, agregando una segunda parte que dispone que: si debe ser igual la Ley para todos quienes se encuentren en las mismas circunstancias, correlativamente deben las normas ser diversas para quienes se encuentre en situaciones diferentes.

Finalmente, el fallo Rol N°219 de 1995, sobre el proyecto de ley que concedía un reajuste extraordinario de un 10% de ciertas pensiones, siguiendo, a su vez, la doctrina del fallo anterior, enfatiza nuevamente la necesidad de tratar en forma desigual a los desiguales, sin hacerse cargo expreso de los alcances de dicha obligación, recalando la idea de que las diferencias que se impongan no pueden ser arbitrarias, señalando las primeras luces de lo que serían los estándares de razonabilidad que deben superar las distinciones en el juicio constitucional.

Capítulo II: Principio de la no discriminación y el principio de igualdad.

5. Significado de la no discriminación.

Como lo ha mencionado gran parte de la doctrina el Principio de la No Discriminación supone la materialización o aplicación del Principio de Igualdad desarrollado de forma activa como prohibición o, si se quiere, como un nivel de conducta que deben observar los organismos de la administración del Estado y los particulares en su relación con las personas. Generalmente, junto a este imperativo abstracto de no discriminar se suelen además señalar situaciones especialmente susceptibles de generar un trato injustificadamente diferenciado por características tales como el sexo, religión, nacionalidad, etc. De esta forma, y por medio de los mencionados criterios, la regla opera como complementación del Principio de Igualdad determinando aquellos rasgos de los sujetos que en general resultan irrelevantes o inapropiados de aplicar en la comparación, apartándolos de la ruta del juicio normativo, y configurándose como la vía por la que se concreta la igualdad formal.¹⁴

Dicho principio, en general, se entiende como *“normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que, además, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.”*¹⁵ enmarcadas en primer lugar por: 1) Características, pertenencia a ciertos grupos o situaciones en las que se encuentre un individuo que escapan de su voluntad y que, por lo mismo, son inmodificables. Se busca en este criterio impedir que los individuos se vean innecesariamente limitados en su esfera de libertad y derechos por elementos que escapan de su control y que no resultan determinantes dentro los objetos y fines del ordenamiento jurídico. Es la clásica hipótesis, y que resulta muy práctica para fines gráficos, de la pertenencia a una determinada raza o grupo social y por cuyo trato diferenciado en la restricción de sus derechos se generaría un sistema de castas o de ciudadanos de segunda clase.

En segundo lugar, se hace referencia a 2) Posiciones que, aun emanadas de la voluntad del sujeto y por los mismo, modificables a su arbitrio, no pueden serle reprochadas por medio de la

¹⁴ Burgos, Tamara *“El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la constitución española y en normas laborales con referencia particular al sexo como razón de distinción.”* Chile, Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 3, N 6, pp 137-163, (2012)

¹⁵ Carbonell, Miguel *“El principio constitucional de igualdad”* México. Primera edición. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2003.) p. 14.

limitación en el goce igual de algún derecho. Como sería el caso de la discriminación por opiniones políticas o credo religioso, toda vez que, aun siendo modificables no sería legítimo exigir su modificación por encontrarse dentro de la esfera de protección que otorga el derecho de libertad.

6. Menciones y prohibiciones de discriminación en el ordenamiento jurídico.

El principio de Prohibición de la Discriminación se encuentra consagrado en diversos sectores del ordenamiento jurídico con el fin de entregar un acceso equitativo e integrativo de las personas en la regulación de todo ámbito social. Partiendo desde el derecho público en el ya varias veces mencionado Principio de Igualdad constitucional del artículo 1° de la Constitución Política de la República avanzando hacia al catálogo de garantías del artículo 19 que en su numeral 2° reafirma este principio de igualdad ante la ley.

Del mismo modo se encuentra prescrita la discriminación en las relaciones que puedan darse entre privados reconociendo el efecto horizontal de los derechos fundamentales que permea todos los actos y situaciones jurídicas. Así se observa, por ejemplo, en el Código del Trabajo que en su artículo 2° señala los actos de discriminación como contrarios a los principios que sostienen el derecho laboral; en la ley 19.496 de protección al consumidor, encontramos que el artículo 3° letra c), consagra el derecho a “*no ser discriminado arbitrariamente por los proveedores de bienes y servicios*”; y sin lugar a dudas, la ley 20.609 contra la discriminación que pretende “*instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.*”

En términos similares se brinda protección al Principio de Igualdad en la prohibición de discriminación en los instrumentos clásicos del derecho internacional. La Convención Americana de Derechos Humanos señala en su artículo 1° el deber de los estados firmantes de respetar los derechos señalados en ella “*sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social,*” el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 3° proclama el acceso igualitario al goce y disfrute de derechos civiles y políticos entre hombres y mujeres; posteriormente en su artículo 4° a propósito de la suspensión de las obligaciones contraídas por los estados parte en casos de excepcionalidad constitucional se consagra la prohibición de

adoptar medidas que entrañen cualquier tipo de discriminación fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, religión idioma y origen social.

Estos enunciados normativos, a pesar de sus diferentes redacciones, confluyen en la misma fórmula jurídica que prohíbe dar un trato diferente sin haber razones legítimas para ello, es decir: la igualdad o desigualdad en el trato deben apreciarse revisando los argumentos esgrimidos en la determinación del criterio por el que se comparan dos entidades. Así, la observancia de la fórmula aristotélica, se traduce en la exigencia de realizar dicha determinación y de dar coherencia a los argumentos usados por el discriminante para justificar su conducta.

En este sentido cabe señalar que el objetivo del Principio de la No Discriminación y de las normas señaladas no sería el de establecer una prohibición absoluta de hacer diferencias en el trato, sino de indicar la exigencia de que aquellos tratos desiguales obedezcan a un estándar de razonabilidad convincente y acorde con el resto del ordenamiento jurídico. No será entonces discriminatorio el tratamiento diferenciado toda vez que haya razones suficientes para entenderlo.

Con todo resulta necesario para los fines de este trabajo, explorar las razones que han tenido el legislador y el constituyente, así como los organismos internacionales, para establecer, junto con el principio de igualdad, una prohibición de la discriminación.

Como se ha revisado hasta ahora la Constitución Política, junto con el mandato de tratamiento igualitario, prescribe las diferencias arbitrarias en una fórmula genérica, más, en los tratados internacionales que por orden constitucional reciben plena aplicación en Chile, se especifica además la prohibición de la discriminación, mismo fenómeno que ocurre en leyes específicas a ciertas materias y que con ello ofrecen listados similares de criterios en los que particularmente se manifestaría la conducta discriminatoria.

En lo que sigue veremos que, esta distinción no se hace por azar ni mera tautología, sino que, por el contrario, cumple una función clave en la apreciación de los estándares de razonabilidad exigidos.

7. Diferencias entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

A pesar de la íntima relación funcional y el tratamiento conjunto que se la ha dado generalmente a estos principios, que suelen, por lo demás, encontrarse regulados muchas veces en las mismas normas, se ha expresado preocupación en parte de la literatura jurídica por delimitar sus sentidos particulares en un intento por lograr, a través de una definición de cada uno, esclarecer sus características y las implicancias que acarrearán al momento de su aplicación.

En este sentido se ha mencionado que la Prohibición de Discriminación “*presenta rasgos jurídicos propios lo suficientemente nítidos como para percibir un tratamiento diferenciado respecto al principio general de igualdad. Las causas típicas de diferenciación vedadas no son sólo límites o acotaciones respecto al legislador ordinario por parte del constituyente, sino que constituyen un diagnóstico de éste sobre la realidad o peligro de ciertos fenómenos sociales de segregación que deben evitarse y erradicarse, que ‘no deben prevalecer’*”.¹⁶ Lo anterior viene a revelar una comprensión de la regla prohibitiva con una fuerte consideración de la realidad y de los criterios o características que han sido de manera histórica fuente de profundas discriminaciones en las dinámicas de grupos y que, por lo tanto, han generado frecuentemente escenarios de conflicto social.

Por otra parte, el Principio de Igualdad se sitúa como ideal normativo al contravenir las claras diferencias que existen entre todas las personas y que, en definitiva, fundamenta el valor de la individualidad y la diversidad. En este sentido es que puede afirmarse que en la igualdad de trato nos encontramos frente a un principio de carácter *relativo* cuyo alcance y contenido emana del contexto en el que se aplique, *relacional* por requerir siempre un término de comparación y además *complejo* por comprender tanto la igualdad formal como material en la búsqueda de que las mismas consecuencias jurídicas sean aplicadas a iguales supuestos de hecho y viceversa.

La No Discriminación en cambio se concibe como un mandato de carácter *absoluto* por entender que las distinciones realizadas, en base al listado de criterios prohibidos que suele contener (color, sexo, religión, edad, etc.), restringen los derechos de las personas de forma particularmente odiosa y repudiable desde el parámetro de la dignidad humana.

¹⁶ Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda. “*Igualdad y Discriminación*”. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1986, p. 72. En Burgos, Tamara “El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la constitución española y en normas laborales con referencia particular al sexo como razón de distinción.” Chile, Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 3, N 6, (2012)

En este sentido, la doctrina de la profesora Tamara Burgos ha señalado específicamente los aspectos en que uno y otro principio se diferencian:

“a) *Sujetos activos:*

- *El principio de igualdad de trato se impone solo a los poderes públicos.*
- *La prohibición de discriminación se impone a todos los poderes, incluidos los sujetos públicos y privados.*

b) *Sujetos pasivos:*

- *El principio de igualdad de trato protege a todos los sujetos y todos los ámbitos en los que pueda surgir una diferencia de trato, abarcando no solo las desigualdades entre personas, sino también entre productos, marcas, empresas, etc.*
- *La prohibición de discriminación en cambio protegerá solo a las personas individualmente o agrupadas en organizaciones con personalidad jurídica siempre que sean discriminadas por el rasgo común en torno al cual se agrupan, ya sea una condición o circunstancia personal o social, por ejemplo: iglesias, partidos políticos, asociaciones de inmigrantes, asociaciones de gays, etc.*

c) *Efectos:*

- *Mientras el principio de igualdad de trato solo invalidaría los actos o acciones que fueran contrarias al principio de igualdad de trato. La prohibición de discriminación no solo invalidaría los actos discriminatorios, sino que además va a exigir remediar y suprimir dichos actos mediante medidas que promuevan la integración y la igualdad del grupo(s) marginado(s) con los demás miembros de la sociedad.*

d) *Finalidad:*

- *El principio de igualdad no tiene como meta la parificación ni prohíbe las distinciones, sino que busca la razonabilidad de la medida cuando se ha efectuado una diferencia de trato, lo que prohíbe es la arbitrariedad y lo que busca es la razonabilidad.*

- *La prohibición de discriminación en cambio sí busca la parificación de los individuos que poseen alguna de las características respecto a las cuales está prohibida la discriminación. Sí prohíbe toda distinción realizada de acuerdo a alguna de las razones vedadas*¹³.

e) *Examen de la vulneración:*

- *El principio de igualdad de trato se limita a examinar la arbitrariedad o no de los motivos, utilizados para efectuar una diferenciación entre los supuestos de hecho comparados.*

- *A la prohibición de discriminación, en cambio, no le basta con analizar los motivos, sino que además debe comprobar si el resultado de la diferencia realizada produce objetivamente una situación discriminatoria, ya sea mediante la discriminación directa o a través de la discriminación indirecta, caso este último donde es indispensable analizar el resultado de la diferenciación realizada.”*¹⁷

Resulta razonable sostener entonces que el Principio de No Discriminación, como figura diferente al Principio de Igualdad, no consiste únicamente en la prohibición dar un tratamiento diferenciado en forma arbitraria a los individuos impidiendo el ejercicio de ciertos derechos, sino que se extiende más allá del acto o conducta diferenciadora que adolece de la fundamentación suficiente o que, en otros términos, no satisface el estándar previsto de razonabilidad, por realizar una segregación particularmente odiosa contra determinados grupos. En este sentido se ha pronunciado desde antiguo la jurisprudencia señalando que “*La discriminación es, como se sabe, un tratamiento peyorativo del que son víctimas categorías de sujetos caracterizadas por la concurrencia en ellos de rasgos expresamente rechazados por el legislador internacional o interno, dada su naturaleza atentatoria a la dignidad de la persona humana*”.¹⁸

En similar dirección identifican también otros sectores esta diferencia entre vulnerar el tratamiento igualitario y la discriminación propiamente identificando una mayor gravedad en la segunda justamente por los efectos que tiene dicha conducta; así “*Parte de la doctrina diferencia discriminación y diferencia arbitraria. La discriminación sería un ataque o conducta desviada*

¹⁷ Burgos, Tamara “*El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la constitución española y en normas laborales con referencia particular al sexo como razón de distinción.*” Chile, Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 3, N 6, pp 137-163, (2012)

¹⁸ STC 153/1994, de 23 de mayo

más profunda que la mera diferencia sin fundamento, sería una distinción manifiestamente contraria a la dignidad humana, fundada en un prejuicio negativo, por el cual se trata a los miembros de un grupo como seres diferentes y, eventualmente, inferiores, siendo el motivo de distinción odioso e inaceptable por la humillación que implica a quienes son marginados por la aplicación de dicha discriminación.”¹⁹

En otro apartado del mismo texto del profesor Nogueira se ejemplifica claramente lo referido a través de la cita a un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que se pronuncia sobre un caso que muestra la forma en que se manifiesta actualmente el contenido prejuicioso de la discriminación: siendo impedida su entrada, a una persona de origen coreano, al establecimiento Piscina Mund que brindaba servicio de baños turcos y de cajón, acciona la primera de protección con fundamento en la vulneración del principio de igualdad constitucional. El tribunal resuelve en aquella situación señalando:

"Que el hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar en un lugar público o de atención al público en general, sea gratuito o pagado, basadas en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquiera otra circunstancia étnica, social o cultural implica un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en las sociedades modernas relativos a derechos humanos, contenidos en la Carta de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, y Convención Americana sobre Derechos Humanos que son leyes de la república en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental.

Que por mucho que se haya invocado, para impedir el acceso a una persona de una determinada nacionalidad al centro de salud de que se trata, el hecho que las costumbres alimenticias de las personas de esa nacionalidad hacen que tenga mal olor, o de grupos de personas de esa nacionalidad hayan perturbado con sus hábitos a la clientela de ese negocio, no es menos cierto que, además de significar la conducta de los responsables del centro de salud8 ...) .. una discriminación racial, resulta además una actuación injusta y atentatoria a la dignidad humana. Injusta por cuanto por aquello en que incurrieron otros de la misma nacionalidad o grupo étnico de la denunciante, se le hizo a esta acreedora de una sanción

¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto “El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”. Chile, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 13 - N° 2, pp. 61-100. (2006)

moral; atentatoria a la dignidad humana pues la referida discriminación y los razonamientos para justificarla implican además una injuria en menoscabo de una persona y de todos los componentes de un grupo racial”²⁰

En la misma línea garantista de este principio y con una extensión considerable se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a las discriminaciones que puedan darse considerando la situación especial o particular de los intervinientes en un proceso. El ampliamente conocido “Caso Atala” sirve como vivo ejemplo actual del razonamiento que siguen los organismos internacionales al momento de evaluar el estándar de razonabilidad que realizan las instituciones jurisdiccionales cuando se enfrentan a casos en que está en juego el Derecho de Igualdad y el Principio de No Discriminación.

En el caso referido nos encontramos precisamente con uno de los criterios señalados en la Convención en virtud de los cuales está prohibido discriminar la orientación sexual. El Estado chileno a través de tribunales, resuelve que la orientación homosexual de Atala y el hecho de convivir con su pareja lesbiana resultaban contrarias al interés superior de sus hijas por vulnerar su derecho a criarse en una familia de estructura tradicional, desorientar su desarrollo “normal” y exponerlas a una situación de eventual discriminación por parte de la sociedad. Dicha resolución para la Corte Interamericana de Derechos Humanos configura una falta a los preceptos de la Convención por vulnerar el artículo 1.1 que, en una interpretación evolutiva de los tratados y bajo el principio de la alternativa más favorable a los derechos de las personas, asegura en el enunciado “*cualquier otra condición social*” el derecho a la orientación sexual y la auto determinación libre de restricciones externas como un factor de la dignidad y la identidad de género en sintonía con lo resuelto anteriormente por Tribunal Europeo de Derechos Humanos así como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos , Sociales y Culturales.²¹

En tal sentido señala que:

²⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de abril de 1993, Rol N° 486-93, considerandos 1 y 2, confirmada por Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 7 de septiembre de 1993, Rol N° 621. En Humberto Nogueira Alcalá. “*El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*”. Chile, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 13 - N° 2, pp. 61-100 (2006)

²¹ Corte interamericana de derechos humanos caso Atala Riffo y niñas vs. Chile sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) pp.33, consi 90

“Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”²²

Resulta de especial relevancia el considerando 94 del fallo de la Corte Interamericana donde se manifiesta el alto nivel de escrutinio al que se deben ver sometidas aquellas resoluciones que recurren a alguno de los criterios señalados en la prohibición de discriminación para fundamentar sus fallos al señalar que:

“El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”²³

Finalmente, se recalca en la misma sentencia las aspiraciones de paridad que caracterizan esencialmente al Principio de No Discriminación al señalar el deber que poseen los estados de dar señales de un progreso social por medio del resguardo a los ciudadanos de eventuales discriminaciones de los que pudieran ser objeto tanto por las instituciones del Estado como por el resto de los civiles:

“La Corte considera que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias “para hacer efectivos” los derechos establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de

²² Idem pp.34, consi 91

²³ Idem pp.35, consi 94

*dicho instrumento interamericano por lo que deben propender, precisamente, por enfrentar las manifestaciones intolerantes y discriminatorias, con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición.*²⁴

De acuerdo a lo señalado en el capítulo cabe concluir que las diferencias evidenciadas entre el Principio de Igualdad y el de No Discriminación se traducen fundamentalmente en dos cosas: Primero: en una alteración del estándar de fundamentación de las actitudes que adopte el Estado en relación con aquellos grupos que se encuentran señalados en la norma o que puedan extraerse de ellos, elevándose el nivel exigido de razonabilidad. Parte de la doctrina incluso habla de una presunción de discriminación que recae en el órgano estatal cuando emite resoluciones restrictivas de derechos para tales categorías de personas, que le impondría a este la carga de demostrar la razonabilidad y no arbitrariedad de la resolución para que se considerase conforme a derecho. Y Segundo: una extensión del juicio de vulneración en el sentido de que, frente a situaciones discriminatorias, no bastaría con demostrar la razonabilidad de la resolución en cuanto a sus fundamentos, sino además demostrar que la resolución no produciría o perpetuaría situaciones discriminatorias, en virtud de la gravedad del reproche que el ordenamiento jurídico coloca sobre tales conductas.

Lo anterior resultará fundamental para que, una vez desarrollados los conceptos de *Categoría Sensible* y *Principio de Proporcionalidad* se pueda identificar el nivel de escrutinio con el que corresponde evaluar la norma del Matrimonio Civil de tal forma que se pueda determinar si aquella se ajusta a los principios constitucionales de Igualdad y No Discriminación.

²⁴ Ídem pp.41-42, consi 119

Capítulo III: Categorías constitucionales sensibles o sospechosas.

8. Origen y significado.

El concepto de Categoría Sospechosa o Categoría Sensible se encuentra en estrecha relación con el Principio de No Discriminación analizado en el capítulo anterior debido a que su significado considera básicamente los mismos elementos: ciertas características de un grupo determinado en virtud de las cuales se han aplicado históricamente diferenciaciones de trato particularmente odiosas y que por lo mismo su aplicación se encuentra especialmente prohibida y supervigilada en el derecho internacional e interno. La concepción de dichas características ha sido desarrollada desde antiguo por la jurisprudencia norteamericana y si bien no ha recibido una extensa aplicación en los tribunales chilenos servirá para ejemplificar la lógica con que se abordan los casos de situaciones discriminatorias que, aun encontrándose prescritas por el derecho internacional, no se encuentran formuladas de forma tal que su aplicación resulte sencilla. Así las cosas, resulta necesario acudir al derecho comparado en búsqueda del formato que ha rendido mejores frutos.

Para la línea doctrinaria que desarrolla el concepto de las Categorías Sensibles el elemento fundamental se halla en la actitud de Escrutinio Estricto por parte del tribunal. Con tales palabras, de hecho, encontramos el primer pronunciamiento de la Corte Suprema estadounidense que inaugura esta noción y que consiste, como su nombre anticipa, en la aplicación de los más altos estándares de análisis de cumplimiento del principio de igualdad en aquella norma, acto o resolución administrativa que, siendo aplicada a grupos especiales de personas, podrías traer aparejada, directa o indirectamente, la vulneración del mandato constitucional de igualdad.

9. Principales sentencias en su desarrollo.

En el texto *“La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”* nos señala su autora Andrea Iñiguez Manso que la primera sentencia referente al concepto de “Categoría Sospechosa” se remonta al caso *“United States vs Carolene Products Co”* en lo referente a regulaciones económicas aplicadas durante la época del “New Deal” sobre el comercio interestatal de la leche donde la utilización de “Escrutinio Estricto” pasó casi desapercibida, señalándose en dicha oportunidad que *“no es*

necesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que ordinariamente se pueden esperar para llevar a la derogación de la legislación indeseada estará sujeta a un más elevado escrutinio judicial bajo las prohibiciones generales de la enmienda catorce que otros tipos de la mayoría de legislación"

Sentencia en la cual se instala sutilmente la idea de un mayor grado de escrutinio judicial en razón del principio de la Protección Igualitaria de la enmienda 14° de la Constitución de los Estados Unidos.

Donde sí se manifiesta claramente por primera vez esta noción será en el caso "*Toyosaburo Korematsu vs United States*" donde un ciudadano estadounidense reclama contra una sentencia dictada por una corte de distrito federal que lo habría condenado por permanecer en San Leandro, California, siendo esta un área militar en la que el Alto Mando había prohibido la permanencia a personas de ascendencia japonesa. Ante esto la Corte Suprema señala que "*debe hacerse notar, para empezar, que toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un solo grupo racial son inmediatamente suspicaces. Esto no quiere decir que tales restricciones son inconstitucionales. Lo que se quiere decir es que las cortes la deben someter al más estricto escrutinio*", revelándose de esta forma el aumento en el estándar de revisión por parte del órgano jurisdiccional.

Con posterioridad, el referido criterio será aplicado particularmente en lo relativo a los tratos diferenciadores basados en la raza refiriéndose los primeros a la segregación aplicada en los colegios públicos donde se clasificaba el acceso teniendo en consideración la raza y en los que la Corte Suprema también se habría referido al estándar de Escrutinio Estricto. Particularmente en el caso "*Bolling vs Sharpe*", la Corte Suprema señala que "*clasificaciones basadas sólo en la raza deben ser escrutadas con un cuidado particular porque son contraria a nuestras tradiciones y por lo tanto constitucionalmente sospechosas*".

Para fines del presente trabajo será principalmente ilustrador el icónico caso de "*Loving vs Virginia*". En este, la pareja compuesta por Richard Loving de raza blanca y Mildred Jeter de raza negra contrae matrimonio en Washinton D.C debido a que las normas de Virginia, su lugar de residencia, lo prohibían. Una vez de regreso, son procesados por el quebrantamiento de la ley sobre matrimonios interraciales siendo condenados a la pena de un año de cárcel pudiendo conmutarse por el compromiso de la pareja de no volver juntos a Virginia durante 25 años.

Tras mudarse a Washington D.C presentan en 1963 una demanda contra el Estado de Virginia cuyas leyes les impedían casarse vulnerándoseles el derecho consagrado en la enmienda catorce de la Constitución. Sobre esta la Corte señala en su fallo que *“no hay un propósito decisivo independiente de una odiosa discriminación racial que justifique esta clasificación. El hecho que Virginia prohíbe solo matrimonios interraciales que involucran a personas blancas demuestra que las clasificaciones raciales deben quedar en su propia justificación como una medida para mantener la supremacía blanca”*.²⁵

Resulta particularmente interesante la idea de “propósito decisivo” en lo que respecta al juicio de proporcionalidad, y, en específico, al criterio de adecuación de la medida entre otros que lo componen.

10. Características que determinan a un grupo como categoría sensible.

Como anticipábamos, las categorías sospechosas se encuentran considerablemente relacionadas al Principio de No Discriminación toda vez que ambas surgen de la identificación de ciertos rasgos o características que estructural y reiteradamente han sido fundamento para tratar de formar diferente, desproporcionada y relegada a ciertas personas provocándoles así un perjuicio arbitrario. Con todo, la principal diferencia, y elemento que caracteriza a las categorías sensibles de otros criterios discriminatorios vendría siendo la relevancia que se reconoce a la idea de grupo o conjunto de personas que comparten rasgos comunes y en cuya virtud resultan sujetos de discriminación, como vendrían siendo los afroamericanos, judíos, homosexuales o mujeres, a diferencia de la vulneración tradicional del principio de igualdad en la que suele considerarse principalmente a un individuo.

Por otra parte, la aplicación de esta doctrina requiere necesariamente realizar una consideración de la condición histórica de un determinado grupo, así como de las actitudes o tratos sociales que reciben con el fin de dilucidar el nivel de “sensibilidad” con que debe tratarseles (entendiendo este término como el estándar de exigencia de razonabilidad a que se someten los actos diferenciales referentes a tal grupo) revisando también los elementos de cada comunidad/estado en relación con el conjunto de personas que se pretende integrar como

²⁵ Iñiguez Manso, Andrea Rosario *“La noción de categoría sospechosa el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”* Chile, Valparaíso. Revista de Derecho Valparaíso, Número. XLIII, julio-diciembre Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 495-516. (2014)

categoría; mientras que el juicio de igualdad genérico tiene a reducirse al análisis de actos y conductas en un contexto más bien determinado y específico.

Es por esta complejidad de análisis en su determinación que, como señala Díaz de Valdés, *“En cuanto a los listados de categorías sospechosas, pueden variar de sistema en sistema, sin perjuicio de que algunas clasificaciones tiendan a repetirse con mayor frecuencia, tales como la raza, el sexo y la religión.”*²⁶

En la misma obra citada, nos expresa el autor los requisitos o elementos comunes a toda Categoría Sospechosa y que son considerados mayormente por la doctrina para identificarlas o determinarlas señalando que: *“Algunos acentúan el impacto sobre la dignidad humana, es decir, otorgar un tratamiento distinto en virtud de ciertas características personales constituiría, en sí mismo, un daño, estigma o insulto a la dignidad de las personas así mal tratadas 10. Otros destacan la asociación entre estos criterios y la existencia de ciertas “castas” o grupos sistémicamente discriminados en una sociedad (como las personas de raza negra en Sudáfrica, o los católicos en Irlanda del Norte). Bajo esta perspectiva, serían relevantes la extensión e intensidad de la discriminación sufrida. Una visión algo diferente enfatiza el impacto del factor en cuestión sobre la situación real de una persona o grupo en la sociedad en que vive, en particular sobre sus oportunidades. Existen otros que destacan el carácter inmutable de estos factores, ya sea porque estrictamente no es posible cambiarlos (como la raza), o sólo puede hacerse en forma muy excepcional (como el sexo)”*.²⁷ Por un tema de técnica legislativa en búsqueda de la seguridad jurídica la tendencia estaría por realizar listados taxativos o cerrados de lo que se considera categoría sospechosa pudiendo quedar excluidos algunos grupos por temas de visibilidad político-cultural. De ahí que la doctrina se preocupe por la elaboración de parámetros que guíen a los tribunales en la inclusión de nuevas categorías que puedan surgir conforme el desarrollo de las sociedades.

11. Modificación del estándar de escrutinio.

La más relevante consecuencia de considerar esta doctrina en la resolución de un recurso, aplicación de una norma, control de constitucionalidad de una ley o actuación administrativa

²⁶ Díaz de Valdés, José Manuel *“Las categorías sospechosas en el derecho chileno”*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso. Pp.189-218 (2018)

²⁷ Idem

(considerando los diversos significados de igualdad ante la ley) se traduce en la alteración del estándar común de convencimiento judicial sobre el respeto al Principio de Igualdad constitucional.

En un caso de examen ordinario, la tarea judicial consiste en la revisión de la razonabilidad de los argumentos que se utilicen para justificar un trato diferenciado toda vez que el respeto al Principio de Igualdad se traduce en la No Desigualdad Arbitraria, o, dicho de otro modo, el tribunal debe cerciorarse de que, la realización de un trato desigual se encuentre suficientemente fundamentado conforme a los elementos comparativos que resulten pertinentes al caso bajo la premisa del ciudadano común y corriente.

Al encontrarnos, en cambio, en un caso donde los argumentos de justificación del acto orbiten una de las razones prohibidas por el Principio de No Discriminación (raza, sexo, nacionalidad, ideología) o donde el sujeto afecto a la medida pertenezca a alguno de los grupos considerados Categoría Sensible, no solo bastará con probar la razonabilidad de la justificación sino, incluso, superar una suerte de presunción de discriminación en el agente, demostrado además que el trato diferencial no tendrá como consecuencia la perduración o prolongación de situaciones discriminatorias a su respecto.

Así, el juez se verá en la necesidad de alcanzar un alto nivel de convencimiento, para lo cual deberá realizar una revisión sumamente cuidadosa de la razón que se ofrezca como fundamento del trato distintivo en el camino a concluir la no arbitrariedad, significando correlativamente un alto estándar en cuanto a la calidad de la prueba a rendirse y la valoración de la misma.

Con todo, esta alteración en el estándar de convencimiento sólo se produce en las hipótesis de Categorías Sensibles donde exista el riesgo de subordinar al grupo en cuestión o posicionarlo en un lugar desfavorable. Frente a tales supuestos operaría el aumento del estándar de convencimiento y no sobre aquellos actos que resulten más favorables a los destinatarios del acto donde la necesidad de justificación sería más laxa, entendiéndose la presente doctrina como un mecanismo de protección y no de fiscalización amplia de los actos.

Lo anterior no ha sido un tema pasivo y ha generado múltiples controversias tanto jurídicas como sociales; en parte por lo difícil que resulta en algunos casos determinar si la medida en examen tendrá consecuencias positivas o negativas para los afectados por ellas. También en

razón de la ya mencionada clasificación de un grupo como Categoría Sensible, y finalmente respecto a la procedencia de la Discriminación Positiva toda vez que aquella, en cierta forma, podría terminar manteniendo a grupos sensibles en una condición de distinción social o en una categoría de “casta” en vez de incluirlos a la igualdad de condiciones tradicional.

Con todo, esta última lectura parte de una premisa de suspensión imaginaria y espontánea de las barreras que mantienen marginados a ciertos grupos, que se traduce en la práctica, en imponerles a estos la completa carga de conquistar el lugar en el mundo que les ha sido arrebatado arbitrariamente. La noción de Categoría Sospechosa, en cambio, obedece justamente al reconocimiento de una situación materialmente desigual originada por dinámicas sociales insalvables pero que por lo mismo terminan convirtiéndose en un asunto de Estado y en un criterio necesario a considerar en la realización de un sistema jurídico que responda a las necesidades de la gente y que comprenda el criterio de realidad cuando persiga el establecimiento de soluciones equitativas.

Capítulo IV: El principio de proporcionalidad, juicio de ponderación o prohibición del exceso.

12. Función y orígenes del principio de proporcionalidad.

Sobre lo visto hasta ahora cabría resumir que el Principio de Igualdad corresponde a la garantía constitucional que asegura recibir el mismo trato a todos y todas aquellos que se encuentren en la misma situación; el Principio de No Discriminación, establecido a nivel internacional y desarrollado por la doctrina, establece aquellos criterios de distinción que se encuentran prohibidos o cuya aplicación queda sometida a un escrutinio superior; y finalmente, el concepto de Categorías Sospechosas se formula en estrecha relación con el Principio de No Discriminación añadiendo además la perspectiva socio-política de determinados grupos sociales respecto de los cuales, en razón de su posición social históricamente desmejorada, existe la obligación de realizar un escrutinio particularmente estricto con el objetivo de impedir la generación o mantención de normas o instituciones que prolonguen dicha situación desmejorada o arbitrariamente desigual.

Cabe señalar además que las referidas doctrinas poseen también una característica común: prescribir la realización de un examen de razonabilidad sobre los argumentos esgrimidos por el agente limitador de derechos en la adopción de medidas que los restrinjan. Así, dichos principios actúan estableciendo un estándar de convicción de razonabilidad que el juez deberá ver satisfecho en el caso particular.

Cabe señalar que este proceso de apreciación de los argumentos no queda al mero arbitrio del tribunal debido a la obligación que asiste a los jueces de fundamentar sus resoluciones, razón por la cual se ha desarrollado un sistema de análisis, respecto de las medidas desplegadas y de la limitación que significan para los derechos de las personas, que permita estructurar tanto los criterios de observación como la posterior justificación de la decisión adoptada.

Originado en el concepto de “*Prohibición del Exceso*”, término acuñado por el Tribunal Superior Administrativo de Prusia, el Principio de Proporcionalidad cumplía en sus orígenes una función orientadora sobre el alcance de las libertades individuales que más tarde se traduciría en un criterio para controlar y limitar los poderes discrecionales de la Administración y el Poder de Policía. Poco facultativo en un comienzo, no sería hasta 1949, con el desarrollo realizado por

el Tribunal Constitucional Federal de Bonn que el término se configuraría en estrecha relación a los derechos fundamentales y al estado de derecho reconociéndole la calidad de principio general de rango constitucional en cuya virtud se regularía el exceso en las acciones del poder público con el fin de proteger los derechos y libertades del sistema constitucional alemán.²⁸

En términos amplios, el Principio de Proporcionalidad, ha sido entendido clásicamente como un atenuante o modulador de la intervención estatal en los derechos y libertades de las personas la cual debe propender siempre a la excepcionalidad de tal forma que se entregue el mayor espacio posible a las libertades de los individuos. Desde aquella base, el Principio de Proporcionalidad controla las actuaciones del poder Ejecutivo, Judicial y Legislativo, señalándose por ejemplo sobre este último que *“Las restricciones impuestas por el legislador deben estar sujetas a mayores exigencias en cuanto a los fines perseguidos por aquellas.”* y que *“tiene además una segunda dimensión: la finalidad perseguida por el legislador debe ser cumplida en la fase más baja posible. En otros términos, la intervención del poder público no debe ir más allá de la intensidad mínima que sería necesaria para un cumplimiento eficaz de la finalidad perseguida”*²⁹ lo que manifiesta el alto estándar garantista que se ha edificado desde entonces y que se traduce hoy en uno de los pilares resolutivos de la colisión de derechos en nuestro sistema jurídico.

13. Estructura del principio de proporcionalidad.

Debido a su figura compleja, basada en la consideración de los derechos como principios, la Proporcionalidad opera analizando la calidad y adecuación de las medidas adoptadas por las instituciones del Estado en su tarea de cumplir con el mandato de optimización que impone la Carta Fundamental, considerando las posibilidades fácticas y jurídicas existentes, razón por la que resulta bastante versátil en su aplicación llegando a utilizarse no solo a nivel constitucional sino también en materias del derecho penal y laboral, tanto por tribunales como por organismos como la Dirección de Trabajo, entre otros.

²⁸ Rainer Arnold; Martínez Estay, José Ignacio; Zúñiga Urbina, Francisco *“El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”* Chile, Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 10, N° 1. Pp. 65 – 116 (2012)

²⁹ Idem

En este sentido, y con el objetivo de una mayor comprensión, nos señala uno de sus grandes defensores, Robert Alexy³⁰, que la estructura del Principio de Proporcionalidad está compuesta por tres sub principios:

1) Idoneidad: el que funciona bajo la lógica del Optimo de Pareto en el sentido de que excluye aquellos medios que, sin ser idóneos para realizar un Principio, perjudican además otro Principio en consideración, de tal forma que, omitiéndose tal medida, ambos Principios alcanzarían su mayor grado de realización fácticamente posible.

2) Necesidad: el cual exige que, entre dos medios igualmente idóneos respecto del “Principio 1”, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto al “Principio 2”. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra.

3) Proporcionalidad en sentido estricto: idéntico a la ley de ponderación que señala que *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.”*³¹.

Cabe mencionar que el autor no pretende con ello sentar la idea de que el Medio de intervención utilizado se justifique por la mayor relevancia de un Principio sobre otro toda vez que el juicio de ponderación apunta a la optimización de los Principios en juego y no la fundamentación de la limitación de uno por sobre el otro, de ahí que la Proporcionalidad Estricta deba aplicarse conjuntamente con la Idoneidad y Necesidad.

Ejemplo del uso que recibe el Principio de Proporcionalidad con la estructura descrita, se observa en la sentencia del Tribunal Constitucional que señala *“el principio de proporcionalidad, también conocido como “máxima de razonabilidad” o “principio de prohibición de exceso”, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental,*

³⁰ Robert Alexy *“Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”* Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, núm. 91, enero-abril, págs. 11-29 (2011)

³¹ Robert Alexy, *“Teoría de los derechos fundamentales”* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (N. 2), p. 161 (1993)

en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho.”³²

Desde una mirada alternativa, parte de los autores consideran el Principio de Proporcionalidad como un Limitador del exceso por parte de la autoridad más que un Juicio Ponderador ante colisiones de derechos como plantea Alexy, de ahí que estos agreguen adicionalmente a los anteriores un cuarto requisito

4) La persecución de una finalidad legítima: al considerar que es al Estado, como administrador y limitador de derechos, a quien se aplica principalmente el juicio de Proporcionalidad. Así señalan que *“a pesar de la amplia difusión de las tesis de Alexy, lo cierto es que la proporcionalidad no puede identificarse necesariamente como un mecanismo destinado a resolver conflictos o colisiones de derechos. En esencia, el principio de proporcionalidad fue concebido más bien como un mecanismo destinado a controlar el ejercicio de potestades públicas.”³³* En similar sentido, se señala que el fundamento del principio *“se deriva de estar los poderes públicos vinculados a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no ser admisible para ellos una disminución de las posibilidades de actuación de los titulares de derechos fundamentales sino es en virtud de una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa”³⁴*

14. Aplicación del principio de proporcionalidad.

Es en base a estos cuatro elementos de la Proporcionalidad que el examinador debe proceder a revisar la razonabilidad del acto sometido a su juicio para determinar si la intervención o restricción de los derechos fundamentales se encuentra lo suficientemente justificada, que en lo referente a materias relacionadas con el Derecho Igualdad correspondería a dilucidar si la medida en cuestión resulta o no discriminatoria en términos de su fundamentación.

En la obra citada de Rainer Arnold y otros, se señala una conclusión similar sobre la aplicación del principio en la determinación de arbitrariedad conforme a lo que el propio Tribunal Constitucional señala: *“si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de*

³² Sentencia TC 2015 Rol N°2744-14-INA.

³³ Rainer Arnold; Martínez Estay, José Ignacio; Zúñiga Urbina, Francisco *“El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”* Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 10, N° 1 pp. 65 - 116. (2012),

³⁴ Aldunate Lizana, Eduardo *“Derechos fundamentales”*, 1ª Edición, Santiago, Legal Publishing. p.279 (2008)

*la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación”*³⁵ a la misma conclusión puede arribarse analizando la sentencia Rol N°1.254 referente a la institución del abogado del turno sobre la que el Tribunal Constitucional declaró Inaplicabilidad por considerarla vulneradora del Principio de Igualdad, fundamentando dicha resolución justamente en una aplicación del Juicio de Proporcionalidad, señalando que, a pesar de cumplir con la persecución de una finalidad legítima consistente en asegurar la asistencia jurídica a personas carentes de recursos, ello no autoriza al legislador a privar de remuneración a los profesionales que entregasen el servicio por no ser la carga de gratuidad un medio necesario ni proporcionado para la realización de los objetivos perseguidos.³⁶

Si bien en el sistema Constitucional chileno no existe norma expresa que haga referencia al Principio de Proporcionalidad, suele señalarse que estaría implícito en la esencia del Estado de Derecho y recogido en las bases de Institucionalidad de los artículos 6° y 7°; prohibición de la arbitrariedad del artículo 19 N°2; y en la protección del contenido esencial de los derechos del artículo 19 N°26, tal como señala Nogueira.³⁷

15. Principio de proporcionalidad y el poder legislativo.

Conforme a lo indicado es posible concluir la pertinencia de utilizar el Principio de Proporcionalidad para juzgar al Legislador en torno a aquellas decisiones normativas por medio de las cuales se excluyan o restrinjan derechos fundamentales, juicio que en particular corresponde ser realizado por el Tribunal Constitucional en su examen preventivo o correctivo. Con todo, al no encontrarse consagrado en una norma constitucional ni orgánica, la aplicación del Principio de Proporcionalidad resulta meramente facultativa para el examinador en razón de su demostrada usanza y aptitud.

³⁵ Rainer Arnold; Martínez Estay, José Ignacio; Zúñiga Urbina, Francisco “*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 10, N° 1. pp. 65 – 116 (2012),.

³⁶Idem.

³⁷ Nogueira Alcalá, Humberto: “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales,*” Santiago, Librotecnia, Tomos I y II (2008).

Por otra parte, los juicios sobre Principios poseen un fuerte componente contextual viéndose influida la ponderación por elementos tanto políticos como subjetivos, resultando imposible predecir con exactitud la conclusión a la que podría arribarse aun a pesar de su aplicación en términos tradicionales. Lo anterior no excluye la posibilidad de revisar los argumentos esgrimidos en su formulación ni de realizar una propia ponderación a modo de crítica y propuesta.

Conforme a lo expresado sobre el Principio de Proporcionalidad, cabe señalar en definitiva, que, debido a que el referido se esgrime como una herramienta para revisar las actuaciones del Estado cuando aquellas generen limitaciones o restricciones a los derechos de los individuos, es que puede concluirse la posibilidad de ser utilizado no solo respecto de actuaciones propias de la Administración sino respecto de todos aquellos actos que emanen de los Poderes del Estado, como serían propiamente los actos legislativos, los cuales consisten, precisamente, en una de las más claras formas de manifestación de la voluntad soberana.

Capítulo V: Bloque constitucional, norma de reenvío, deberes internacionales y el principio pro homine.

16. El bloque constitucional.

Este surge de labores doctrinarias que señalan el rol constitucional cumplido por aquellas fuentes jurídicas que aseguran garantías y derechos esenciales de la personalidad humana, y cómo estas, a pesar de su distinta naturaleza, convergen en razón de sus funciones de protección del individuo.

Como acertadamente señala Rodrigo Uprimny, un buen primer acercamiento al concepto sería señalar que corresponde a un conjunto de normas constitucionales o al menos supra-legales que no se encuentran consagradas expresamente en el texto constitucional y que revelan que una constitución puede ser más que el propio texto normativo.³⁸ Ejemplo de aquello son los derechos que, sin estar explícitamente descritos en la Carta Magna, se encuentran indudablemente resguardados a la luz de las garantías fundamentales del art 19 de la Constitución Política de la

³⁸ Uprimny Yepes, Rodrigo “*El bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*” Universidad Nacional de Colombia, p.32. (2006)

República como lo sería el *derecho a huelga* en el N°16 del anterior, o las normas particulares que surgen desde el N°3 del mismo artículo comprendidas bajo la figura del *debido proceso*. Coherente con ello resultan los diversos pronunciamientos de las altas Cortes y la doctrina señalando que *“La CPR no crea los derechos, sino sólo los reconoce. Cuando la CPR “asegura” determinados derechos a las personas, sólo está reconociendo atributos propios de su naturaleza. En otros términos, no es la CPR la que ha creado esos derechos sino que, simplemente, se ha limitado a reconocerlos, a regular su ejercicio y a garantizarlos a través de mecanismos jurídicos adecuados”*³⁹, de tal modo que es posible afirmar que la Carta Fundamental va más allá del solo derecho positivo toda vez que, en su función de proteger derechos fundamentales no puede limitarse únicamente a los señalados sino a todos aquellos que provengan de la naturaleza humana como señala indubitablemente el artículo 5° de la Constitución Política de la República en su inciso 2°.

Siguiendo al autor colombiano debemos mencionar que *“las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que, sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional.”*⁴⁰

En una línea similar se ha pronunciado Humberto Nogueira señalando que *“La Constitución, en esta nueva perspectiva, es una Carta Fundamental abierta al derecho internacional, no herméticamente cerrada sobre sí misma”*⁴¹ con lo que revela la amplitud del Bloque Constitucional.

Sobre su contenido, el mismo profesor Nogueira señala que estaría principalmente compuesto por a)La Constitución, b)Derecho Convencional Ratificado y Vigente, c)Derecho Consuetudinario Internacional, d)Principios de Ius Cogens, e)Jurisprudencia que asegura

³⁹ Navarro Beltrán, Enrique. Carmona Santander, Carlos. *“Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)”*. Chile. Cuadernos del tribunal constitucional. Primera Edición. N°59. (2015) p 42

⁴⁰ Uprimny Yepes, Rodrigo *“El bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal”* Universidad Nacional de Colombia, p 33 (2006),

⁴¹ Nogueira Alcalá. Humberto *“El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia.”* Talca. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 13, N° 2, p 313 (2015)

derechos no enunciados.⁴² Los que formarían un todo indisoluble a ser considerado en las dinámicas de la Administración sobre derechos fundamentales.

A mayor abundamiento, expresa también el profesor Nogueira que *“La norma constitucional del artículo 5° inciso 2° actúa como cláusula constitucional de inclusión, la que autoriza la conformación de la unidad entre el propio texto formal de la Constitución en materia de derechos fundamentales y los atributos y garantías de los derechos que se aseguran por el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional, como asimismo por las normas imperativas de ius cogens, cualquiera sea la fuente convencional o consuetudinaria en que estas últimas estén contenidas.”*⁴³

17. Obligaciones desde la norma de reenvío.

La incorporación formal del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno ha sido uno de los debates más extensos en materia de derecho público, tratados y derechos fundamentales. Según el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, que establece las limitaciones al poder *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentre vigentes”*

Es en la virtud de dicho precepto que reposa gran parte de la construcción del Bloque Constitucional toda vez que por medio de esta Norma de Reenvío se yerguen como garantes de la dignidad humana aquellos tratados que hayan sido aprobados y promulgados, momento desde el cual comienzan a surtir efecto al interior del Estado chileno. Con todo, la controversia surge al no existir una prescripción expresa en el texto constitucional en lo referente al rango normativo que les correspondería y a la fuerza obligatoria que tendrían según su jerarquización.

Por una parte, sectores de la doctrina han defendido la idea de que les correspondería el rango Constitucional por entenderse incorporados, en virtud de la Norma de Reenvío a la Carta Magna, significando desde ahí que tendrían un efecto derogativo sobre el resto de las normas infra constitucionales que vendrían siendo todas las leyes, decretos, reglamentos y, en definitiva, todo

⁴² Idem p 315

⁴³ Idem. p313

acto que contraviniera lo prescrito por la norma extra-nacional, debiendo en consecuencia modificarse o perder su eficacia.

Para el sector que rechaza esta perspectiva, tales efectos resultan intolerables por implicar una intromisión excesivamente amplia de órganos externos en el orden nacional, señalando en parte que la mención de los tratados internacionales como límite al poder, en ningún caso implicaría darles la categoría de norma constitucional toda vez que no se encuentra expresa en tales términos ni se hallaría dicho objetivo en la historia fidedigna de establecimiento de la ley.

En cierto modo, esta discusión se encuentra subsanada o parcialmente resuelta, por medio de sentencias del Tribunal Constitucional en las que se niega que posean tal rango normativo. Así se señala en la Sentencia 346, c. 74 que *“No es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la CPR, en lo que sea contraria a ella, o tenga igual jerarquía. La interpretación contraria llevaría al absurdo de hacer superfluo todo el capítulo de reforma constitucional y a los controles previos de constitucionalidad de los tratados.”*⁴⁴

Conforme a lo anterior señala el mismo tribunal *“Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5º, inciso segundo, 32, N° 17º, y 54, N° 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N° 1º, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma.”*⁴⁵

17.1. Resolución desde el criterio de temporalidad.

Frente a tal jurisprudencia, otras líneas argumentales se han desarrollado buscando justificar la preeminencia con que debe tratarse a los tratados internacionales por sobre el derecho interno

⁴⁴ Navarro Beltrán, Enrique. Carmona Santander, Carlos. *“Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)”*. Chile. Cuadernos del tribunal constitucional. Primera Edición. N°59. P.42. (2015)

⁴⁵ *Considerando 12* *juridicorr resolución TC Rol N° 2387/2012*

común. Entre ellas, particularmente interesante resulta el modelo sostenido por Eduardo Aldunate quien, aceptando o, incluso, prescindiendo del debate sobre la jerarquía del derecho internacional, aboga por su incorporación desde la norma de reenvío, desde la norma de vigencia de los tratados que se encuentra implícita en el artículo 54 N°1 de la CPR y desde la aplicación del principio *lex posterior derogat priori* del artículo 52 del Código Civil: partiendo de la base de que la ley común y el tratado tendrían la misma jerarquía en el ordenamiento, correspondería al juez o a quien corresponda aplicarla: a) Aplicar el Tratado Internacional si es que este se hubiera promulgado con posterioridad a la norma con la que colisiona por el principio de derogación, debido a que el tratado expresaría la voluntad legislativa actual de la nación; b) en la hipótesis contraria, si una ley fuera promulgada con posterioridad a la vigencia de un tratado internacional, correspondería dar preferencia al tratado en virtud del imperativo que recae sobre él como órgano del estado de dar cumplimiento y hacer efectivos los derechos y libertades que aseguran,⁴⁶ conforme al artículo 2° de las Convención Americana de Derechos Humanos en relación al artículo 1° de la misma.⁴⁷ Con ello, se logra incorporar el Derecho Internacional al ordenamiento interno sin poner en cuestionamiento la superioridad de la Carta Fundamental y sus atributos, salvando también la sensación de excesiva intromisión de órganos exteriores.

17.2. Evolución en la jurisprudencia.

Con todo, diversos estudios y trabajos en la materia se han dedicado a recopilar con un método evolutivo las principales sentencias de las altas Cortes en que paulatinamente se ha ido reconociendo de manera explícita y vinculante las obligaciones que el Estado de Chile posee respecto de la observancia y cumplimiento del contenido de los tratados internacionales de derechos humanos y que permiten sostener la relevancia que ha ido cobrando la teoría del Bloque Constitucional como conjunto de normas garantes de los Derechos Fundamentales reforzando su protección mediante la limitación de potestad del Estado.

Así por ejemplo señala el Tribunal Constitucional que “[...] *nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta*

⁴⁶ Aldunate Lizana, Eduardo “*La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*”. (Revista Ius et Praxis, Talca v.16, N° 2) pp. 185 – 210 (2010)

⁴⁷ Idem

jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile”⁴⁸

La misma corriente pro-incorporación, según analiza el profesor Claudio Nash ⁴⁹ se ha venido realizando en el uso que los tribunales han dado al Derecho Internacional como una forma de *concretizar principios* tradicionales del ordenamiento jurídico vinculados con derechos fundamentales, siendo clásicos ejemplos los del *debido proceso* o la *presunción de inocencia*, observados desde la óptica del Derecho Internacional de Derechos Humanos. Otro que ha sido objeto de esta tarea y que resulta fundamental para los fines perseguidos en esta tesis es el de casos referentes al *principio de igualdad y no discriminación*. Señala en su obra, el profesor Nash, particularmente una sentencia en que la Corte Suprema concretiza el principio desde la Prohibición de Discriminación y violencia contra las mujeres. En este caso, una mujer perteneciente al pueblo mapuche que se encontraba privada de libertad es trasladada a un hospital por encontrarse con síntomas de alumbramiento, siendo súper vigilada y engrillada durante todo el proceso de parto manteniendo Gendarmería de Chile una actitud y despliegue de conductas desproporcionado y denigrante. Entre lo relevante resalta la consideración de la condición social de la mujer mapuche, que consideramos una implícita referencia a la doctrina de las Categorías Sensibles y la referencia al Derecho Internacional:

“Que, asimismo, no puede dejar de observarse que la vulneración de derechos en que Gendarmería de Chile ha incurrido en contra de la amparada, como ha sido demostrado, constituye también un acto de discriminación en su condición de mujer, pues el trato recibido por ésta de parte de los agentes estatales desconoció dicho estado de vulnerabilidad y, por ende, de necesidad de protección, en circunstancias que, desde una perspectiva de igualdad de género, se debió haber tomado en consideración la situación particular que experimentaba al acercarse el proceso del parto –más aún en las difíciles circunstancias de salud y de privación de libertad en que éste se desarrolló–, como, por otro lado, la especial significación vital para ella del mismo, sobre todo dentro de la comunidad mapuche a la que pertenece, y el impacto

⁴⁸ Nogueira Alcalá. Humberto “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia.” Talca. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 13, Nº 2, p 310. (2015)

⁴⁹ Nash Claudio. Núñez Constanza,” *Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile.*” Estudios Constitucionales, Santiago, Volumen 15, Nº 1. Pp. 15 – 54 (2017)

negativo que una aplicación no diferenciada de las normas y reglamentos penitenciarios podía ocasionar en aquella mujer. [...] De ese modo, lo referido contraviene los compromisos pactados en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer –conocida como CEDAW– suscrita por nuestro país, primer instrumento internacional que recoge el principio mundial para erradicar la discriminación contra la mujer y que confiere derechos a las mujeres frente al Estado, implicando obligaciones de éstos frente a las ciudadanas [...]”.⁵⁰

Lo anterior cobra suma relevancia considerando que el estándar de Razonabilidad exigido a la autoridad en cumplimiento de la igualdad humana ya no solo encuentra fundamento en el respeto del Principio de Igualdad como Derecho Fundamental de orden interno sino también en su arista de Derecho Humano resguardada por el compromiso que asume el Estado con la comunidad internacional al mismo tiempo que con los ciudadanos.

18. Aplicación del principio pro homine.

Con el voto del juez Rodolfo E. Pizca Escalante dentro de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Derecho Humanos referente al alcance interpretativo que debía darse a los Derechos Humanos surgiría una corriente doctrinaria y jurisprudencial que abogaría por la máxima extensión posible de las normas que consagran y amplían la expresión de los Derechos Humanos y, al mismo tiempo, restringen todo aquello que los disminuya.

Como señala Ximena Medellín⁵¹ citando a la profesora Monica Pinto, el *principio pro persona* es “*es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos*

⁵⁰ Corte Suprema. Rol N° 92795-2016, de 1 de diciembre de 2016, considerando 14. En, Claudio Nash “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile” Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1. pp 26-27. (2017)

⁵¹ Medellín Urquiaga, Ximena “*El principio pro persona*” México. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal México. Primera Edición p.19 (2013)

o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁵²

Y la razón, se encuentra en la tarea fundamental que impone al Estado el artículo 1° de nuestra Constitución Política de la República: “*El Estado está al servicio de la persona humana*” y por lo tanto, la única limitación que podría eventualmente hacer de sus derechos y libertades sería excepcional y medidamente en razón de que el bien común no encuentre otra vía de consolidarse. A contrari sensu, la regla general deberá ser siempre la de máxima garantía y espacio para la expresión de los derechos y libertades del individuo. La misma profesora Medellín nos señala una justificación que recorre la misma vía: “*Los derechos humanos no son sólo derechos subjetivos protegidos por el ordenamiento jurídico, sino que también constituyen el sustento y la finalidad de toda la estructura estatal. Así, su contenido siempre deberá interpretarse de forma expansiva, pues en su efectividad va aparejada la propia legitimidad del ejercicio del poder.*”⁵³

Aplicable y definida hasta ahora en juicios de naturaleza internacional sobre Derechos Humanos, puede señalarse que, bajo la misma lógica del Bloque Constitucional y las normas de Reenvío, así como el deber que recae en los órganos estatales de hacer efectiva la protección de los derechos convencionales, debería este principio ser acogido y aplicado por el examinador integrándolo como un elemento de juicio a su estándar de convencimiento sobre todo en coherencia con el examen de aquellas normas que entreguen señales de discriminación.

⁵² Pinto, Mónica (1997) “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*”, en, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto. Mónica Pinto, (1997).

⁵³ Medellín Urquiaga, Ximena “*El principio pro persona*” México. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal México. Primera Edición. P18 (2013)

Capítulo VI: El matrimonio civil chileno.

Antes de ingresar de lleno a revisar el núcleo de esta tesis sobre inconstitucionalidad por inobservancia del Principio de Igualdad, resulta necesario describir en términos generales la figura de la institución cuestionada y sus componentes más importantes para luego referirnos directamente al factor que vulnera el principio de igualdad ante la ley.

19. Concepto y regulación.

Derivado del matrimonio eclesiástico el matrimonio civil se encuentra actualmente regulado en el artículo 102 del Código Civil donde se le define como “*un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.*”. Tradicionalmente se ha reconocido la estrecha relación que existe entre el matrimonio y la familia toda vez que de la unión en pareja surge la principal dinámica de configuración de un nuevo grupo humano. Así el artículo 1° de la ley 19.947 recoge esta creencia señalando que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.*” Razón por la cual eleva la facultad de contraer matrimonio a un “*derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello.*”

Cabe también señalar que alguna parte de la doctrina señala que la institución referida estaría parcialmente derogada por la nueva ley de Matrimonio Civil la cual permite poner término al matrimonio a pesar de que la redacción original no ha sido modificada, lo que ha sido explicado por otros sectores apelando a que, si bien la voluntad de los cónyuges puede poner término al Matrimonio Civil con tal de que se cumplan los requisitos establecidos para aquello, la aspiración de la institución matrimonial seguiría siendo la indisolubilidad.

En resumidas cuentas, el Matrimonio Civil cumple una función reguladora de relaciones entre privados que implican: obligaciones morales referidas a las relaciones personales de los cónyuges, y jurídicas, en lo referente al tipo de régimen de administración de bienes comunes, el derecho de compensación económica, la obligación de alimentos, derechos hereditarios y la determinación de la filiación.

Cabe señalarse también que, como institución política cumple una función legitimadora toda vez que integra al ordenamiento jurídico una práctica socialmente masificada dotándola de reconocimiento y resguardo.

20. Requisitos del matrimonio civil.

20.1. Requisitos de existencia: A este respecto cabe señalar que estos consisten en:

- 1) Diversidad de sexo de los contrayentes
- 2) Consentimiento de las partes.
- 3) Presencia del oficial del Registro Civil.

20.2. Requisitos de validez.

El artículo 4° de la ley 19.947 señala como requisitos de validez *“que ambos contrayentes sean legalmente capaces, que hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo y que se hayan cumplido las formalidades que establece la ley.”* Las que se contienen en el párrafo 2° referido a la manifestación de la intención de contraer matrimonio, señalando su realización ante oficial de registro civil, la necesidad de entregar cierta información relevante sobre la identidad y condición de las partes contrayentes; y el párrafo 3° sobre las solemnidades de la celebración.

21. Clases de impedimentos.

Se clasifican, considerando los efectos que acarrea su inobservancia, en impedimentos *dirimentes e impedientes*

Los primeros, como señala el profesor Ramos Pazos, pueden ser absolutos: *“si obstan al matrimonio con cualquier persona, por ejemplo la demencia, el vínculo matrimonial no disuelto (art 5° de la Ley de Matrimonio Civil), y relativos, si solo impiden en matrimonio con determinadas personas, por ejemplo, vinculo de parentesco (artículos 6° y 7° de la Ley de Matrimonio Civil).”*⁵⁴

⁵⁴ Ramos Pazos, René *“Derecho de familia tomo I”*, Sexta Edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile p.36 (2009)

Los segundos no se encuentran definidos en la ley, pero en palabras del mismo autor: *“Podemos decir que son ciertas limitaciones que la ley establece para la celebración del matrimonio, cuyo incumplimiento produce diversas sanciones, que en ningún caso consisten en la nulidad del matrimonio”*⁵⁵ Correspondiendo estas a: consentimiento de ciertas personas para contraer matrimonio, impedimento de guardas e impedimento de segundas nupcias. Las anteriores, como ya se ha señalado, no acarrearán la nulidad del Matrimonio sino la aplicación de diversas sanciones que contempla el legislador como serían: la posibilidad de ser desheredado en el caso del menor que omite el consentimiento de su tutor; la pérdida total de remuneración del guardador que contrajere nupcias con la persona cuyo patrimonio administra; y la pérdida del derecho a suceder como legitimario o heredero abintestato respecto de sus hijos, en el caso del viudo o viuda que teniendo a aquellos bajo su curaduría, y contrajese nuevo Matrimonio, no hubiese realizado el inventario solemne que prescribe la ley.

⁵⁵ Ramos Pazos, René *“Derecho de familia tomo I”*, Sexta Edición, Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile p.45 (2009)

Capítulo VII: La inconstitucionalidad del matrimonio civil chileno.

La estructura normativa del artículo 102 que indica: “*el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.*” nos señala, en primer lugar, la naturaleza contractual del acto y su calidad solemne; su duración (vitalicia en un principio, cuya terminación se encuentra sujeta a la voluntad de las partes y el cumplimiento de requisitos actualmente); los fines u objetivos que persigue; y, por último, la calidad de los sujetos que pueden participar en él.

Sobre este último cabe señalar que el requisito excluyente de diferencia de sexo entre los contrayentes que establece la norma, resulta contraria al Principio de Igualdad Constitucional cuando se le analiza a partir de los criterios señalados en el marco teórico, jurisprudencial y normativo que ha sido desarrollado a lo largo del presente trabajo conforme a lo que se expresará a continuación.

22. Diferenciación en el acceso y restricción de derechos.

Como se ha señalado en el primer capítulo, la Constitución Política de la República reconoce en su artículo 1° que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, garantizando además su artículo 19N°2 la igualdad ante la ley, prohibiendo a las autoridades establecer diferencias arbitrarias. Tales normas dan origen y sientan los cimientos del Principio de Igualdad cuya función en virtud del artículo 5° del mismo texto consiste en limitar el ejercicio de la soberanía y resguardar a los individuos de las distinciones arbitrarias en que puedan incurrir las autoridades en el ejercicio del poder.

En este sentido, y de conformidad a las interpretaciones realizadas por la Corte Suprema y el Tribunal constitucional, el Principio de Igualdad se configura siguiendo la clásica fórmula aristotélica que señala el deber de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, razón por la cual la autoridad, partiendo desde una consideración abstracta de igualdad entre las personas, debe tomar en consideración aquellos elementos distintivos que justifiquen un trato particularmente adecuado para cada persona, o grupo, de ellas, adecuándose de esa forma al contexto, para comportarse de manera equitativa según las características relevantes de cada persona o grupo que han sido tomadas en consideración.

En el caso del matrimonio civil, la posibilidad de acceso exclusivo a parejas heterosexuales, es decir, compuestas por un hombre y una mujer, implica a *contrari sensu* que el legislador prohíbe y veta de la institución del matrimonio a las parejas homosexuales, aun cuando la misma ley 19.947 le reconoce un carácter de “*derecho esencial inherente a la persona humana*”. Por lo que resulta evidente concluir que se trata de un caso de limitación de derechos fundamentales por parte del Estado a un grupo social determinado: el acceso al matrimonio civil para las personas homosexuales.

Ahora bien, como señalan la fórmula de igualdad y una cantidad abundante de jurisprudencia, no cualquier distinción conlleva necesariamente una discriminación, puesto que la misma fórmula de igualdad reconoce la existencia de diferencias entre las personas y la posibilidad de aplicar distinciones en razón de ellas. De esta forma, sólo será arbitraria aquella decisión o acto donde el trato diferenciado no cuente con fundamentos suficientemente razonables para explicarlo, o bien, provenga de características irrelevantes o que no tengan que ver con el objeto sobre el que se realiza la distinción, en otras palabras: se exige la presencia de razones y argumentos suficientes que lleven a la autoridad a entregar un trato diferenciado. Así, señala el Tribunal Constitucional que “*Para efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la CPR*”⁵⁶

23. Criterios de distinción.

La importancia del Principio de No Discriminación como materialización de la forma activa del Principio de Igualdad se encuentra en el estudio de los criterios utilizados por la autoridad en el acto o norma procurando determinar la razonabilidad de la distinción realizada. Lo anterior se traduce en el establecimiento de una fórmula para la identificación de ciertos criterios que cuya aplicación se encuentra prohibida o fuertemente cuestionada por considerarse que responden cánones susceptibles de generar discriminación por sus características particulares y por el uso

⁵⁶ Navarro Beltrán, Enrique. Carmona Santander, Carlos. “*Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*”. Chile. Cuadernos del tribunal constitucional. Primera Edición. N°59. (2015). p 98. (STC 784, c. 19) (En el mismo sentido STC 1138, c. 24, STC 1140, c. 19, STC 1340, c. 30, STC 1365, c. 29

que históricamente se les ha dado. Es por esto que se aboga por la no utilización de criterios distintivos como la raza, la religión, la ideología política o, como ocurre en el caso en comento, el sexo de los individuos, cuando se pretenda establecer una medida limitadora de derechos. Así mismo, en el caso de aplicarse dichos criterios, se debe correlativamente aumentar el estándar de convencimiento que el agente debe satisfacer para cumplir con la garantía de igualdad.

En este sentido, la razonabilidad presente en la norma para justificar la exclusión de un grupo social como las personas homosexuales, del ejercicio de un derecho esencial como es el matrimonio, debe cumplir los más altos niveles de calidad y coherencia para superar el escrutinio.

24. Condición social de los sujetos afectados por la norma.

Siguiendo con lo expresado en el punto anterior, resulta necesario considerar también que, en el caso en comento se configuran los elementos clásicos que supone la doctrina de las Categorías Sospechosas o Constitucionalmente Sensibles, por recaer la restricción en el acceso a la institución del Matrimonio Civil sobre un grupo de individuos particularmente vulnerable en razón de las dinámicas sociales en las que se encuentran inmersos.

En este sentido, los estudios son diversos y los resultados preocupantes. Como evidencian múltiples investigaciones, el grupo humano de orientación homosexual, es decir “*la que tiene una persona que siente atracción afectiva y sexual hacia personas de su mismo sexo*”⁵⁷, se ha visto histórica y estructuralmente discriminado por su sola condición de tal. En una ciudadanía y sistemas jurídicos contruidos a partir de una concepción única de sujeto (hombre, propietarios, heterosexuales) las prácticas de exclusión institucional ocurren de manera constante, no solo relegando o desprotegiendo lo que se aleja de la norma sino, incluso sancionando y prohibiendo la diversidad. El caso de la comunidad homosexual, así como el de la raza afroamericana, o las mujeres, es un ejemplo gráfico de la discriminación dirigida contra ciertos grupos basado en sus características personales. Su arista más extrema se constituye en aquellos ordenamientos jurídicos donde la orientación homosexual se encuentra tipificada como delito ya sea por las demostraciones de una conducta homosexual o el simple hecho de serlo.

⁵⁷ Alventosa del Río, Josefina “*Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*” Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Agustín de Bethencourt, 11. 28003. p.29 (2008)

Como ejemplo de lo anterior puede señalarse la posibilidad de, incluso, ser condenado a muerte por “homosexualidad” en países como Afganistán, Brunei, Irán, Mauritania, Pakistán, Arabia Saudí, Sudan, Yemen, partes de Nigeria y Somalia o su ilegalidad en casi 80 países del globo⁵⁸.

En el resto del mundo, a pesar de no llegar a tales extremos, la homosexualidad continúa siendo tratada a nivel institucional como una anomalía que debe evitarse y esconderse en cuanto sea necesario para evitar su “propagación”. En países como Rusia, de hecho, existe incluso la figura sancionatoria por realizar “propaganda de homosexualidad entre menores” lo que facilita el boicot significando una fuerte restricción a la libertad de expresión por parte de la comunidad LGBTI+⁵⁹.

Chile no se queda atrás y se presenta también como uno de los países donde la discriminación por orientación sexual sigue siendo un problema preocupante. Así lo señala, por ejemplo, el VIII Informe Anual: Derechos Humanos de la Diversidad Sexual Chilena elaborado por la ONG MOVILH en base a hechos del 2009, que revela la enorme cantidad de situaciones de discriminación que vive la comunidad homosexual y LGTBI en general en nuestro país, desde el acoso callejero, institucional, laboral, hasta la comisión de delitos como agresiones físicas e incluso homicidios por la sola razón de su orientación sexual. Situación que, de hecho, es reconocida por el poder Legislativo el cual el año 2012, motivado por uno de los casos iconos de homofobia en nuestro país, el asesinato del joven Daniel Zamudio, crea la ley 20.609 que tiene por objeto entregar una nueva vía procesal idónea y específica de protección a las personas que se vean afectadas en sus derechos por actos de discriminación, pretendiendo entregar con ello un mensaje de rechazo a la intolerancia de la diversidad. Con todo, la sola promulgación de la referida norma resulta una medida insuficiente considerando la existencia de otras instituciones tan cotidianas y comunes como lo es el propio Matrimonio Civil.

Resulta razonable en vista de lo anterior, considerar que las personas homosexuales pertenecen a un grupo vulnerable y discriminado de forma estructural y sistemática en virtud de lo cual cabe concluirse que a su respecto debe aplicarse el criterio de las Categorías Constitucionalmente Sensible. De ser así, un nuevo elemento se integraría al estándar de escrutinio que debe aplicar el examinador al observar la norma: la condición social del sujeto

⁵⁸ <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/diversidad-afectivo-sexual/> 17/12/2018 17:43 hrs

⁵⁹ Idem.

que se verá afectado por la norma, por cuya razón correspondería aplicar un “*escrutinio estricto (strict scrutiny) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental, o aquellas “libertades preferidas”, se presume inconstitucional.*” En la misma línea se señala también que “*Para superar el test, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal “imperioso” (compelling state interest) y, además, que es necesario y se encuentra “estrechamente personalizado” (narrowly tailored)*”.⁶⁰

25. Razonabilidad ofrecida.

Debido a que el matrimonio civil encuentra sus orígenes en el matrimonio eclesiástico, el cual contempla únicamente la posibilidad de contraer nupcias entre un hombre y una mujer, y considerando que su posterior secularización se realiza en una época donde no existía el Tribunal Constitucional, no existen mayores antecedentes de cuestionamientos a la adecuación de dicha institución al Principio de Igualdad. Por otra parte, su posterior modificación mediante la ley 19.947 no realizó análisis ni modificación alguna sobre la calidad de los sujetos contrayentes por lo que resultaba improcedente que el Tribunal Constitucional procediera al pronunciamiento de oficio sobre una parte de la ley no comprendida en sus facultades de control constitucional preventivo.

No es sino hasta el año 2010 en la causa “Peralta Wetzel, César Antonio, y otros con Soto Silva, Juana”, Rol N° 6.787-2010, donde se solicitará al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, donde recién encontraremos un juicio más o menos exhaustivo sobre la adecuación al Principio de Igualdad y una explicación institucional sobre sus fundamentos.

Al respecto, el análisis deberá recaer sobre los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional dividiéndose en dos etapas: 25.1) Revisión y crítica de los argumentos formales esgrimidos para rechazar el requerimiento; y, 25.2) Revisión y crítica de los pronunciamientos sobre el fondo que justifican la constitucionalidad del artículo 102 del código civil.

25.1. Revisión y crítica de los argumentos formales esgrimidos para rechazar el requerimiento.

⁶⁰ Vivanco Martínez, Ángela “*El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile*” Chile, Santiago, Anuario de derecho público universidad diego portales. ©Ediciones Universidad Diego Portales, p94. (2012)

En el caso previamente señalado el Tribunal Constitucional termina desechando la posibilidad de declarar inaplicable el aludido precepto basándose en la Reserva de Legalidad y la amplia consecuencia de permitir el matrimonio entre los intervinientes. Básicamente señala que: 1° La materia sobre la que versa el requerimiento corresponde al órgano legislativo y no al Tribunal Constitucional debido a que se trataría de una materia propia de la codificación civil y no constitucional; 2° La sola modificación referente al sexo de los contrayentes significaría alterar todo el estatuto jurídico y el sistema de normas complejo derivado del vínculo matrimonial⁶¹

Ambos argumentos parecen, del todo insuficientes:

1° El primer argumento para declarar improcedente el requerimiento de inaplicabilidad basado en las materias que corresponde regular al legislador resultan totalmente incomprensible en el sentido de que pareciera referirse a la improcedencia de la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en aquellas materias que correspondan a la reserva legal, lo que en otras palabras equivale a decir que, por el hecho de no ser un asunto constitucional sino de regulación legal, no correspondería al Tribunal pronunciarse sobre este. Esto contraviene derechamente al artículo 93 N°6 de la Carta Fundamental que señala “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contrario a la Constitución*”

2° El segundo punto parece también insuficiente cuando se considera que el ordenamiento jurídico es un sistema coherente de normas que interactúan en conjunto para producir efectos dotándose de validez y eficacia entre sí, por lo que resultaría ilusorio pensar en preceptos normativos que se encuentre aislados del cuerpo legal al que pertenece de tal forma que modificarlos para el caso particular no tuviera algún tipo de repercusión en el resto de las normas que lo acompañan. Así: que de la declaración de Inaplicabilidad de una norma que priva ilegítimamente a la persona de un derecho, se siga el acceso al grupo de derechos al que antes encontraba vedado (como serían los efectos del matrimonio) no es sino la consecuencia lógica de la Inaplicabilidad del precepto tal como lo sería la contracara de esta secuencia: que de la declaración de Inaplicabilidad de un precepto normativo se siguiera la restricción a un conjunto de derechos. Un ejemplo claro de esto los podemos encontrar en la sentencia del 29 de

⁶¹ STC 1881-2011 considerando 9°

septiembre 2009. Rol N°1.340-09, del Tribunal Constitucional donde se solicita declarar la inaplicabilidad del artículo 206 del código civil que contempla el plazo durante el cual el hijo podrá dirigir la Acción de Filiación contra los herederos si es que este hubiese nacido tras la muerte de su padre o este falleciere dentro de los 180 días después de su nacimiento. Se esgrime a grandes rasgos que tal precepto contraviene el *principio de igualdad* del 19N°2 de la Carta Política por no haber una razonabilidad aparente para distinguir entre la acción de los hijos que se encontraren dentro del plazo y los que no y, por otra parte, que tal precepto privaría al sujeto de obtener el reconocimiento de su identidad como hijo vulnerándose también los deberes que el artículo 5° de la CPR imponer al Estado. La sentencia de esta causa resulta profundamente relevante para el argumento que aquí se sostiene, toda vez que la declaración de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del artículo 206 que decide el Excelentísimo Tribunal no sólo tiene como efecto que el requirente pueda dirigir su acción contra los herederos de su padre sino que esta modificación implica también el efecto de tener acceso a todos los derechos que se encuentran regulados en normas complementarias fundamentalmente las referidas a los derechos hereditarios. En este caso podemos ver que el Tribunal Constitucional no entiende que la repercusión de la declaración de inaplicabilidad de un precepto sobre el resto de las normas que lo acompañan, o lo que en fallo de 2011 señala como “alteración del estatuto jurídico”, sea un argumento para no declarar la Inaplicabilidad protegiendo el derecho constitucional vulnerado. En resumidas cuentas, el argumento de la repercusión de la Inaplicabilidad en el conjunto de normas que acompañan el precepto que se enjuicia no es unánime ni ciertamente razonable, toda vez que, como se ha señalado, el derecho y las leyes se configuran como un cuerpo armónico de normas que dialogan y se complementan entre sí, por lo que resultaría un sinsentido concluir la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de un precepto sin que aquello conlleve una modificación en el acceso o restricción a derechos que derivan de la hipótesis que regulaba el precepto declarado inconstitucional.

25.2. Revisión y crítica de los pronunciamientos sobre el fondo que justifican la constitucionalidad del artículo 102 del código civil.

25.2.1. La condición de hombre y mujer.

Pronunciamiento de los señores Ministros Raúl Bertelsen Respetto, Marcelo Venegas Palacios, Iván Aróstica Maldonado y señora Marisol Peña.

Para determinar la constitucionalidad de la norma recurren precisamente al juicio de razonabilidad sobre la distinción que realiza el legislador al momento de regular el matrimonio civil, señalando que el principio de igualdad no significa dar un trato idéntico a todas las personas sino uno en virtud de la consideración sobre características relevantes y la situación en que se encuentra. Así, el núcleo de su argumentación que declara la constitucionalidad de la norma, y por lo tanto la improcedencia de la declaración de Inaplicabilidad, consiste en señalar *“las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias”*⁶² sin dar ningún tipo de especificación sobre estas. Lo que surgen entonces, no son más que dudas. ¿Cuáles son esas diferencias relevantes? ¿Cómo influirían estas en el desarrollo de la vida en pareja? ¿Se refieren a características biológicas, intelectuales, emocionales? ¿Qué es lo que falta, en resumidas cuentas, a una pareja del mismo sexo para poder desarrollar un proyecto de vida en común amparado por el Estado? ¿Dónde está esa “esencia divergente” entre el hombre y la mujer que el legislador utiliza, en palabras del tribunal, para reservarles exclusivamente el derecho de contraer nupcias a parejas heterosexuales?

Resulta particularmente preocupante, además, vislumbrar que es el mismo tribunal quien, en el análisis de la razonabilidad de una norma, incurren en razonamientos que contravienen el Principio de No Discriminación, toda vez que los criterios utilizados en el análisis recaen precisamente en aquellas características cuya consideración se encuentra generalmente prohibida, como en este caso, la condición sexual. A mayor abundamiento, el rol del tribunal en ese caso sería precisamente el contrario del asumido, debiendo dedicarse a cuestionar cuales son las razones que existen detrás de la consideración del sexo de un individuo para vetarle de ciertos derechos en lugar de utilizar dicho criterio como una justificación en sí misma.

25.2.2. La procreación.

El segundo argumento esbozado, y que intenta proyectarse desde el punto anterior, recae en las finalidades del matrimonio, a saber: vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Si bien resulta comprensible, desde una mirada del derecho de familia, entender que la institución persiga establecer un determinado tipo de conducta y de relación entre las personas, como lo son el respeto, el cuidado, el auxilio, entre otras, esta característica no resulta suficiente

⁶² STC 1881-2011 considerando, 9°

para excluir a quienes no puedan cumplir con uno de sus fines, particularmente la procreación. En primer lugar, por el simple motivo de que no corresponde a requisitos de existencia ni validez del matrimonio: no se exige a los contrayentes rendir prueba sobre convivencia, demostrar una conducta compatible con el respeto y auxilio ni mucho menos poseer las aptitudes físicas y ni demostrar la intención de procrear dentro del matrimonio para efectos de contraer nupcias. El legislador, como mucho, pretende incentivar determinados fenómenos sociales en función de ordenar la forma en que nos relacionamos, de tal forma que *se persigue* que los cónyuges convivan, se presten auxilio o que construyan un nuevo grupo familiar dentro del resguardo de la norma jurídica, pero su cumplimiento no es exigible por parte del Estado, sino que se reserva la acción de cumplimiento (o en su defecto para disolver el vínculo) a los privados entendiendo que la principal evaluación de las relaciones de pareja corresponde a quienes la integran y nadie más, en coherencia con el principio básico del derecho civil de la autonomía de la voluntad. Tan evidente es la lógica bajo la que opera el matrimonio que hipotéticamente una pareja podría vivir separada, sin dar cumplimiento a sus deberes conyugales ni procrear y, de todas formas, permanecer dentro de la institución matrimonial, sea por mero capricho o porque derechamente se acomoda a sus intereses (no olvidar que de la institución del artículo 102 pueden surgir amplias modificaciones en cuanto a la administración de los bienes, pago de deudas, derechos hereditarios, entre otros efectos de orden patrimonial).

En esta misma línea cabe señalar, excluyendo otros objetivos que por su naturaleza no caben en el análisis, que la aptitud o intención de procrear no sólo no se configura como requisito de existencia o validez de la institución cuestionada, sino que tampoco se contempla la inaptitud para tener hijos como un impedimento impidente ni dirimente, tan solo se ha contemplado como una eventual y particular manera de vicio de la voluntad cuando el otro cónyuge no conociera de esta condición por haber error en su aceptación, pero, como señalábamos anteriormente, se deja esa acción en manos del individuo sin que el Estado pueda en forma alguna privar a la pareja incapacitada para tener hijos de su derecho al matrimonio. Esta última hipótesis de infertilidad es prácticamente idéntica a la situación que viviría una pareja homosexual en razón de encontrarse incapacitada para procrear, pero sólo respecto de estos es que se niega el acceso al matrimonio. Cabe, entonces, concluir hasta este punto que el matrimonio se encuentra vedado para determinados tipos de pareja en razón de su sexo, criterio prohibido o altamente cuestionado por el *principio de no discriminación*, sin que se ofrezca por parte del legislador ni

el examinador argumentos de una calidad suficiente para justificar la diferenciación entre una pareja y otra.

25.2.3. La familia.

Sobre este apartado se refiere de forma extensa y particular la Ministra Marisol Peña enfocando su cauce argumentativo en la relevancia que tiene la familia para la configuración de la sociedad, la formación de valores, la crianza y, en su aspecto más básico, la “*supervivencia y proyección de la sociedad a través del tiempo*”⁶³ por medio de la procreación. En este punto se intenta retomar la relevancia del fin reproductivo dentro del matrimonio señalando por ejemplo que: “*Así, la importancia social del matrimonio, expresada en los fines que le asigna el artículo 102 del Código Civil, lo configura como una verdadera institución, a la cual está asignada, entre otras funciones, la de procrear, esto es, el proceso completo por el que se trae un nuevo individuo al mundo lo que sólo puede ser logrado 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;*”⁶⁴ este argumento, resulta insuficiente como se ha señalado en el apartado anterior por no existir obligatoriedad ni necesidad del cumplimiento del fin reproductivo que establece el artículo 102 del Código Civil para la existencia y/o validez del matrimonio. Por lo demás, el intento de restringir el concepto de familia a una de origen matrimonial es contravenido incluso por otros ministros del Tribunal Constitucional en este mismo fallo: “*Que, como se ha dicho anteriormente, nuestra Carta Fundamental no vincula el matrimonio con la protección de la familia. La propia Ley de Matrimonio Civil, en el inciso primero de su artículo 1º, señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.” Al indicarse que el matrimonio es la base principal de la familia, se reconoce –a contrario sensu- que no es la única, como queda claro de la historia del establecimiento de esa disposición.*”⁶⁵

Del mismo modo se dedica a profundizar en mayor medida el argumento de la naturaleza de los contrayentes de modo que “*el matrimonio permite al hombre y a la mujer la natural complementariedad de dos naturalezas diferentes en pro de la proyección del vínculo afectivo*

⁶³ STC 1881-2011, consi 3º p15

⁶⁴Idem

⁶⁵ STC 1881-2011, consi 7º. p 20

que lo genera, como también del logro de las funciones de la familia a que dicho matrimonio dará lugar". Sin señalar, nuevamente, a que se refieren tales naturalezas ni la relevancia ni exclusividad de tales características a un determinado sexo.

Como se ha señalado hasta ahora, la constitucionalidad del Matrimonio Civil actual exclusivamente heterosexual debe ser analizada considerando los siguientes elementos: 1) El sexo de los individuos como criterio que cae dentro de los motivos prohibidos por el Principio de No Discriminación. 2) La condición de la comunidad homosexual dentro de un contexto determinado que los permite ser considerados como Categoría Constitucional Sensible, 3) Las obligaciones desde el derecho internacional integradas por el Bloque Constitucional y la Norma de Reenvío 4) El Principio Pro Hominem que impulsa las consideraciones de las normas a aquella interpretación que asegure el mayor espacio de libertad y resguardo a las personas.

En este sentido, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, encargado de examinar la adecuación de la norma al Principio de Igualdad, resultan insuficientes para cumplir con el alto estándar de escrutinio que imponen el Principio de No Discriminación y la doctrina de las Categorías Sospechosas o Constitucionalmente Sensibles a la prueba de razonabilidad exigida por los artículos 1°, 5° inc2° y 19N°2 de la Constitución Política de la República; tampoco se ha realizado una aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos o el Principio Pro Hominem, toda vez que la interpretación escogida por el examinador no se condice con aquella que extienda de mayor manera y a la mayor cantidad de personas, la esfera de derechos del individuo frente al Estado, motivos por los cuales pareciera razonable concluir que, no hallada prueba de calidad suficiente que acredite la justificación del Estado para restringir el acceso a instituciones civiles en igualdad de condiciones, se están vulnerando el Principio de Igualdad, los compromisos internacionales que se garantizan desde el Bloque Constitucional y así mismo la Constitución Política de la República, norma máxima de garantías personales de nuestro derecho interno.

26. El juicio de proporcionalidad.

No satisfecho el Principio de Igualdad, resulta pertinente realizar el juicio de constitucionalidad de la norma restrictiva, el Matrimonio Civil, desde el ya mencionado Juicio de Proporcionalidad intentando de esta manera, agotar todas las instancias de análisis aplicables al artículo 102 del Código Civil en lo que respecta a su adecuación a la Carta Magna.

26.1. Idoneidad de la medida.

A la luz de este criterio debe determinarse la idoneidad de la norma, es decir, el nivel de garantía de realización del principio perseguido, y una vez considerado este, determinar si lesiona otro principio o valor jurídico, de tal forma que no siendo idóneo y lesionándolo, deberá optarse por otra medida.

Según puede desprenderse del análisis del Tribunal Constitucional los Valores cuya realización se persiguen por la norma tendrían relación con los fines del matrimonio, a saber: la procreación, el auxilio mutuo y la regulación patrimonial de las parejas que den origen a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Tal como se ha señalado anteriormente, la realización de dichos fines depende en gran medida de la forma en que los privados se comporten dentro de la institución matrimonial conforme a su libertad para decidir la procreación, la forma de convivencia o el régimen patrimonial. En este sentido, cabe señalar que ninguno de dichos principios, considerándose en abstracto, se verá restringido por el ingreso de una nueva forma de parejas a la regulación del Matrimonio Civil. A mayor abundamiento, cabe señalar que la consideración de nuevas formas de pareja no restringe ni entorpece el ejercicio del derecho de contraer nupcias de las parejas heterosexuales en los términos considerados actualmente en el sentido de que, el caso de la institución del Matrimonio Civil no se trata de una hipótesis de asignación de recursos limitados en la cual la cantidad de destinatarios de un derecho influya directamente en el nivel de satisfacción del mismo derecho por otras personas. Así las cosas estaríamos frente a una regulación que resulta medianamente idónea para la realización de los valores que persigue pero que al mismo tiempo impone una restricción a los destinatarios de la realización sin que aquella restricción tenga relación alguna con la idoneidad de la medida.

26.2. Necesidad de la medida.

Este criterio exige que de entre dos medios igualmente idóneos respecto al Principio o Valor 1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a Principio o Valor 2. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra.

Estrechamente vinculado al razonamiento anterior y de cuya conclusión continuamos: el medio “A” (el matrimonio heterosexual) funciona como incentivo al desarrollo de una forma de vida en pareja y proyecto familiar: el principio “1”. Bajo el criterio de *Necesidad* se debe analizar entonces si existe una medida “B” que asegure el mismo nivel de resultado, pero sin lesionar los derechos de la comunidad homosexual: el principio “2”: derecho de igualdad y/o libertad.

Para ello resulta pertinente preguntarse ¿El acceso de parejas homosexuales interrumpe de alguna manera el desarrollo de la vida en pareja y creación de nuevos proyectos familiares? En primer lugar, hasta donde ha demostrado la experiencia, la homosexualidad en ningún caso altera las facultades cognitivas ni emocionales de las personas por lo que en principio no puede suponerse que este grupo de personas se encuentre incapacitado para desarrollar la mayor parte de los objetivos del matrimonio. Por otra parte, el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres tampoco interrumpiría el matrimonio entre un hombre y una mujer. Incluso por el contrario: si el objetivo de la norma es incentivar la constitución de proyectos familiares y de parejas dentro del vínculo institucional, eliminar la barrea de acceso a la comunidad homosexual solo puede tener como consecuencia el aumento de las personas que accedan a ella, por lo que la medida “B” (el matrimonio igualitario) puede perfectamente reemplazar la medida “A” (el matrimonio heterosexual), manteniéndose el principio “1” (desarrollo de la vida en pareja y realización del proyecto familiar) y eliminando la restricción del principio “2” (derecho de igualdad y/o libertad) concluyéndose entonces que, existiendo una mejor alternativa para la realización del principio “1” que la medida “A”, no se adecuaría esta última al criterio de Necesidad de la norma.

26.3. Proporcionalidad en sentido estricto.

Este principio nos señala que *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.”*

Para tal operación Robert Alexy nos propone la siguiente formula: *“En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido*

contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.”⁶⁶

Siguiendo dicha formulación, debemos afirmar que el grado de no satisfacción del principio “2” (derecho de igualdad y/o libertad) afectado es absoluto, puesto que no existe forma alguna de que la comunidad homosexual pueda acceder al matrimonio civil bajo la norma en análisis; a continuación cabe definir la importancia de la satisfacción del principio “1” (desarrollo de la vida en pareja y realización del proyecto familiar) la que en términos generales puede definirse como relevante sin llegar a ser fundamental. Lo anterior debido a que la constitución de proyectos familiares no depende única, directa y exclusivamente de la institución del matrimonio, sino que esta sería solo una alternativa institucional para la realización de los mismos fines. De lo anterior se puede concluir que el nivel de satisfacción del principio “1” no justifica la privación total del principio “2” en cuanto al acceso de parejas homosexuales a la institución civil del matrimonio toda vez que, como se ha señalado con anterioridad, la institución del Matrimonio Civil sacrifica completamente el derecho de igualdad con el objeto de entregar una alternativa, no exclusiva ni absolutamente necesaria, para la realización de la vida en pareja y de un proyecto familiar. Situación que, desde el punto de vista de la eficiencia, tampoco se adecua al principio de maximización de derechos en el sentido de realizar el menor sacrificio posible para su materialización.

-

⁶⁶ Carbonell, Miguel *“El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”* Quito, Ecuador. Serie justicia y derechos humanos neo constitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. p.17 (2008).

Conclusión.

Como se ha esbozado en el presente trabajo, las instituciones propias de cada ordenamiento responden inevitablemente a los valores e intereses de la época en que fueron concebidas y se encuentran, por lo tanto, afectas a las mismas virtudes y vicios de cada contexto histórico. La edificación de cuerpos normativos se realiza con el objetivo de encaminar la sociedad según los intereses y necesidades del momento y, así mismo, responden a sus pulsiones sociales, siendo definidas las leyes y sus funciones según los límites del imaginario colectivo que inevitablemente, con el curso del tiempo, tiende al cambio.

Particularmente el caso del Matrimonio Civil, como así mismo la adopción homoparental, el aborto y la eutanasia, se han posicionado en la palestra pública generando un amplio debate entre los diferentes actores políticos de la época por tratarse de instituciones que responden a sensibilidades que se encuentran profundamente arraigadas en algunos sectores de la población y que, por lo demás, se vinculan fuertemente con las estructuras instaladas desde la religión y, en términos amplios, desde la espiritualidad. Ejemplo claro de aquello es la noción de pareja como un espacio esencialmente reproductivo y que, por lo tanto, se regula según la lógica binaria de los caracteres sexuales. Sentido por el cual, el relato social imperante respecto de la composición básica de la familia responde, aún hoy, a la búsqueda de la preservación y reproducción de la especie, razón por la que se ha tendido a definir la composición institucional en sintonía con las situaciones sociales mayoritarias, generándose así, correlativamente una condición desmejorada respecto de aquellas categorías o grupos cuya naturaleza no responde a las expectativas predominantes del grupo.

Con todo, la estructura de un ordenamiento jurídico edificado desde los principios de la democracia y la libertad, necesariamente nos llevan a cuestionar aquellas normas que no se condigan de forma suficiente con los derechos de cada individuo de crear y desarrollar su propio relato personal especialmente cuando a su respecto no se generen perjuicios en el resto de las personas que puedan explicar su limitación.

Una interpretación maximizadora de los derechos impone a la sociedad el deber de adoptar una postura lo suficientemente flexible para prescindir de aquellas creencias, por arraigadas que se encuentren, que no se condigan con el respeto a la libertad y a la dignidad humana y que limiten

de manera injustificada los derechos de cada uno de los ciudadanos que componen la comunidad.

Respecto de esto último resulta fundamental ahondar en el hecho de que, el principal derecho vulnerado según el desarrollo del presente trabajo, no consiste únicamente en el acceso al matrimonio por parte de un segmento de la población, sino, en mayor profundidad, en la vulneración del Principio de Igualdad debido a la mantención de una institucionalidad que discrimina y relega a un grupo humano por su orientación sexual y genera de esta forma un sistema de castas o, dicho de otro modo, ciudadanos de segunda categoría. Así, dicha exclusión perpetúa y reproduce un modelo social según el cual la orientación sexual, el sexo de los individuos o, incluso en términos más amplios, la diversidad puede tener como consecuencia las restricciones de derechos sin haber una razonabilidad suficientemente acreditada desde el juicio de igualdad ni de proporcionalidad, lo que se traduce en resumidas cuentas en una limitación arbitraria y de la que, sin lugar a dudas estamos llamados a hacernos cargo, de tal manera que el derecho se encamine siempre hacia la remoción de aquellos obstáculos que, innecesariamente, restrinjan la libertad de las personas.

Bibliografía.

- 1) Aldunate Lizana, Eduardo “*Derechos fundamentales*”, 1ª Edición, Santiago, Legal Publishing. (2008)
- 2) Aldunate Lizana, Eduardo “*La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*”. (Revista Ius et Praxis, Talca v.16, Nº 2) pp. 185 – 210 (2010)
- 3) Alventosa del Río, Josefina “*Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*” Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Agustín de Bethencourt, 11. 28003. (2008)
- 4) Bayefsky, Anne F. “*El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional*” (Título original:” The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, publicado en Human Rights Law Journal, Vol. 11, Nº 1-2, Kehl am Rhein :Arlington 1990, pp. 1-34.)
- 5) Bernal Pulido. Carlos “*El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*” en Vega Gómez, Juan - Corzo Sosa, Edgar. “*Instrumentos de tutela y justicia constitucional*”, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional. Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, (2002)
- 6) Burgos, Tamara “*El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la constitución española y en normas laborales con referencia particular al sexo como razón de distinción.*” Chile, Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 3, N 6, pp 137-163, (2012)
- 7) Canosa Usera, Raúl “*Igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos*”. España. Revista Europea de Derechos Fundamentales 2008• ISSN 1699-1524 Núm.11.pp 39-66 (2008)
- 8) Carbonell, Miguel “*El principio constitucional de igualdad*” México. 1ª Edición. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2003.)
- 9) Carbonell, Miguel “*El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*” Quito, Ecuador. Serie justicia y derechos humanos neo constitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2008).

- 10) Carbonell, Miguel “*Los derechos de igualdad en el constitucionalismo contemporáneo*”, Santiago, Revista de Derecho Público, N° 74, Págs. 57-86. (2015)
- 11) Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 12) Díaz de Valdés, José Manuel “*¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional?*” Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Revista Ius et Praxis, Año 21. N°2, pp. 317-372 (2015)
- 13) Díaz de Valdés, José Manuel “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja*”, Santiago. Revista Chilena de Derecho. Vol.42 No.1 (2015)
- 14) Díaz de Valdés, José Manuel “*Las categorías sospechosas en el derecho chileno*”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, Valparaíso. Pp.189-218. (1er semestre de 2018)
- 15) Gómez Bernales, Gastón, “*El Principio de Igualdad Constitucional*”. Santiago. Editorial Jurídica Conosur Ltda. Veinte años de la Constitución Chilena 1981-2001, pp. 168-169. (1997)
- 16) Ibaceta Medina, David. “*El principio de justa y proporcional igualdad impositiva*”. Santiago. Revista de Derecho Público, 73, Págs. 193-220. (2014).
- 17) Iñiguez Manso, Andrea Rosario “*La noción de categoría sospechosa el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” Chile, Valparaíso. Revista de Derecho Valparaíso, Número. XLIII, julio-diciembre, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 495-516. (2014)
- 18) Laporta. Francisco J, “*El principio de igualdad: introducción a su análisis*”, Madrid, Editorial Sistema, Revista de ciencias sociales, N° 67. p.3-31 (1985)
- 19) Martínez, José Ignacio & Zúñiga Urbina, Francisco “*El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*”. Santiago. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios constitucionales Vol.9, N°.1 (2011)
- 20) Medellín Urquiaga, Ximena “*El principio pro persona*” México. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal México. Primera Edición (2013)
- 21) Nash, Claudio y Núñez, Constanza,” *Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile.*” Estudios

- Constitucionales, Santiago, Volumen 15, N° 1. (2017) (consulta: 21-09-21) Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100002
- 22) Navarro Beltrán, Enrique. Carmona Santander, Carlos. “*Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*”. Chile. Cuadernos del tribunal constitucional. 1ª Edición. N°59. (2015)
- 23) Nogueira Alcalá, Humberto “*Derechos fundamentales y garantías constitucionales,*” Chile, Santiago, Librotecnia, Tomos I y II (2008).
- 24) Nogueira Alcalá, Humberto “*Dogmática constitucional*”, Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (1997)
- 25) Nogueira Alcalá. Humberto “*El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia.*” Chile, Talca. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 13, N° 2, (2015)
- 26) Nogueira Alcalá. Humberto “*El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*”. Chile, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 13 - N° 2, pp. 61-100. (2006)
- 27) Pinto, Mónica (1997) “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), “*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*”, en, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto. Mónica Pinto, (1997)
- 28) Rainer Arnold. Martínez Estay, José Ignacio. Zúñiga Urbina, Francisco “*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 10, N° 1 (2012),
- 29) Ramos Pazos, René “*Derecho de familia tomo I*”, Chile, Santiago, 6ª Edición,. Editorial Jurídica de Chile (2009)
- 30) Robert Alexy “*Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*” Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, núm. 91, enero-abril, págs. 11-29 (2011)

- 31) Robert Alexy, *“Teoría de los derechos fundamentales”* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1993)
- 32) Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda. *“Igualdad y Discriminación”*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1986, p. 72. En Burgos, Tamara *“El principio de igualdad y la prohibición de discriminación en la constitución española y en normas laborales con referencia particular al sexo como razón de distinción.”* Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 3, N 6, (2012)
- 33) Salazar Luis y Woldenberg José. *“Principios y valores de la democracia”* 1ª Edición, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática, (2016)
- 34) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de abril de 1993, Rol N° 486-93, considerandos 1 y 2, confirmada por Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 7 de septiembre de 1993, Rol N° 621. En Humberto Nogueira Alcalá. *“El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas”*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 13 - N° 2. pp. 61-100.(2006)
- 35) Ser Homosexual está penado con la muerte en cinco países y en 78 es ilegal. 2012. Periódico El Mundo. 15/05/2012 [En línea]: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/15/internacional/1337093128.html> [Consulta: 18/01/18]
- 36) Uprimny Yepes, Rodrigo *“El bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal”* Universidad Nacional de Colombia, (2006)
- 37) Vivanco Martínez, Ángela *“El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile”* Chile, Santiago. Anuario de derecho público universidad diego portales. ©Ediciones Universidad Diego Portales, (2012)
- 38) Wolfgang Böckenforde, Ernst, *“La democracia como principio constitucional”*. (Estudios sobre el estado de derecho y la democracia, Madrid, Trotta) pp.82-83 (2000)