

Santiago, diez de junio de dos mil dieciséis.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, a fojas 1, Ramón Gómez y Gonzalo Sebastián Velásquez, deducen recurso de protección en contra de Juana Soto Silva, Oficial Civil Adjunto, del Servicio de Registro Civil de Santiago, por el acto arbitrario e ilegal consistente en la negativa a conceder hora para contraer matrimonio, puesto que, según señaló la recurrida, no es posible otorgar hora para que personas del mismo sexo celebren un contrato de matrimonio.

Indica que la Constitución Política de la República comienza señalando en su artículo 1º inciso primero que: "*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*". Conforme a ello, el actuar *de* la recurrida vulnera dicha norma toda vez que, siendo intrínsecamente todas las personas iguales en dignidad y en derechos conforme consagra nuestra carta fundamental, el negar la posibilidad de contraer matrimonio a dos personas por su orientación sexual constituye un grave atentado contra el derecho que busca proteger esta norma constitucional.

Refiere que la orientación sexual de una persona no puede ser un impedimento para que en libertad puedan ejercer el derecho a contraer matrimonio y formar una familia. Pensar de otra manera, significa que no todas las personas son libres e iguales en dignidad y derecho, sobre todo si no existen razones ni argumentos que permitan establecer un trato diferenciado.

Añaden que el inciso segundo de la misma norma establece que "*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*". Luego, negando la posibilidad de contraer matrimonio se está también vedando la posibilidad de conformar una familia, puesto que no obtienen como pareja una protección legal por parte del Estado que se

manifieste en materias de filiación, de derechos sucesorios, de derechos patrimoniales que al no tener vínculo jurídico dejan a los miembros de la pareja en total indefensión. En efecto, señalan, el concepto de familia no debe entenderse únicamente según su sentido tradicional. La evolución histórica ha demostrado que existen otros tipos de familia las cuales también merecen protección por parte del Estado.

Seguidamente, el artículo 1 inciso cuarto dispone: *"El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece"*.

Consecuentemente, negar la posibilidad de conformar una familia por su orientación sexual es incumplir el mandato constitucional de promover el bien común y crear las condiciones sociales adecuadas para dicha promoción. Es limitar violentamente el desarrollo espiritual y material de dos personas por el solo hecho de ejercer su sexualidad en forma distinta, cuestión que -por lo demás- queda absolutamente dentro de la libertad de conciencia de cada uno. En definitiva, es no respetar lisa y llanamente los derechos y garantías que esta carta fundamental pretende garantizar.

A mayor abundamiento, indican que el artículo 1º inciso quinto dispone *"Es deber del Estado resguardar las seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional."* Luego, al excluir la posibilidad de conformar una familia legalmente protegida, se está negando el derecho de participar de la vida

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

En lo que atañe a la cuestión planteada, señalan que debe considerarse lo establecido en el Artículo 5° inciso final de la Carta Fundamental que señala: *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."* En virtud del inciso final del artículo 5 de la Constitución de la República, los derechos consagrados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes deben ser respetados por los órganos del Estados, concepto que incluye al Poder Judicial en su función de aplicación e interpretación de la Ley.

Sostienen que en diferentes tratados internacionales que han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes, se consagran, entre otros, dos derechos fundamentales a todas las personas: El derecho de todas las personas a contraer matrimonio, y; El derecho a no sufrir discriminación de ninguna índole en razón de la religión, raza, color, sexo, etc.

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

En cuanto al derecho a contraer matrimonio, está contenido por los siguientes tratados y de la siguiente manera: a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), *"Artículo VI: Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella."*;

b) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) "Artículo 16: *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."*

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) "Artículo 17.-*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo."

d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966):
"Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:...1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges."

e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) "Artículo 23:
La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos

en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos."

Todos los tratados señalados precedentemente, indican, establecen el derecho de las personas a contraer matrimonio y a formar una familia, que es el núcleo fundamental de la sociedad. En especial, el Pacto de San José de Costa Rica, como es conocida la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige en el apartado 3 del artículo 17 *"el libre y pleno consentimiento de los contrayentes."*, y demanda que los contrayentes cumplan con las *"condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención"* (apartado 2, art. citado.)

Es decir, la ley civil interna debe garantizar que las parejas contraigan matrimonio, no conteniendo en su articulado disposiciones que establezcan obstáculos basados en actitudes discriminatorias. La exigencia de la diversidad de sexos, frente a los claros preceptos internacionales que tienen en la República Chilena jerarquía constitucional, es discriminatoria para con las parejas de un mismo sexo.

Por su parte el derecho a no sufrir discriminación, además, está contemplado expresamente en los tratados con jerarquía constitucional, que se indican:

a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)
"Artículo II: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y

deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.";

b) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) *Artículo 2: "1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.". Artículo 7: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.";*

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). *Artículo 24.- "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.";*

d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) *Artículo 2: "2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.";*

e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). *Artículo 2 "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra*

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

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

Frente a tan contundentes normas con jerarquía constitucional, la exigencia de la diversidad de sexo para los efectos de celebrar el contrato de matrimonio regulado en el artículo 102 del Código Civil, al ser discriminatoria, es insostenible, y por tanto arbitraria.

Permitir que la legislación establezca una categorización diferenciada en la orientación sexual de las personas y otorgue a las parejas heterosexuales una protección superior resulta discriminatorio. En la práctica las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio o celebrar un Acuerdo de Unión Civil. Sin embargo, las parejas homosexuales solo pueden optar a este segundo tipo de contrato para regular sus relaciones afectivas.

A lo largo de la historia, las personas homosexuales, bisexuales y transexuales han sido segregadas, apartadas, estigmatizadas, torturadas y, muchas veces, condenadas a muerte y, en muchos países lo siguen siendo. Los principios de libertad e igualdad son los que han guiado durante todos estos años el camino hacia el reconocimiento de la plena dignidad de todos los varones y mujeres. Esta dignidad conlleva, por imperativo constitucional, ser plenos y plenas en derechos y deberes.

La lucha por la igualdad formal y material no es distinta, en fundamentos y finalidad, a la que emprendieron, en su momento, realidades como la de la mujer o

la de los grupos históricamente discriminados. También a ellas y a ellos se les negaban casi todos los derechos, incluida la posibilidad de contraer matrimonio en plenitud e igualdad, y, en algunos aspectos, en los hechos se los consideraba incapaces o se les negaba, incluso, el reconocimiento como personas. Recordemos que en muchos países estuvieron prohibidos los matrimonios interraciales, con argumentos igualmente discriminatorios y antidemocráticos que los que hoy se utilizan en otros países para prohibir los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Hoy, nadie cuestiona que por razón de sexo o de raza pueda ser alguien discriminado. De lo que se trata, pues, es que tampoco lo sea por razón de su orientación sexual o por su identidad de género. Nadie debería sufrir la discriminación, que es un crimen que lesiona la humanidad y la condición de miembros de una sociedad democrática.

Denuncian que el acto de la autoridad, vulnera las garantías constitucionales de igualdad ante la Ley 19 N°2; igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos 19 N°3; el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia 19 N°4; el derecho de protección a la salud 19 N°9; el derecho a la seguridad social 19 N°18; el derecho de propiedad 19 N°24; y la garantía del artículo 19 N° 26, todos de la Constitución Política de la República, por lo que solicitan que se acoja el presente recurso, declarando arbitrario el haberse negado a otorgarles hora para la celebración del matrimonio, restableciendo el imperio del derecho y ordenando que se les conceda hora para la celebración de dicho contrato;

Segundo: Que, a fojas 114, evacúa informe la recurrida, solicitando el rechazo del recurso, con expresa condena en costas.

Refiere que es efectivo lo señalado por los recurrentes, y que la solicitud no fue acogida en virtud de lo establecido en el artículo 102 Código Civil, indicándoles verbalmente que no cumplían con los requisitos exigidos por la norma, actuando la Oficial Adjunto con estricta sujeción a derecho. Cita las normas reguladoras del matrimonio civil, entre ellas la Ley Orgánica del Registro Civil, artículo 3 y 4; la Ley de Matrimonio Civil, específicamente los artículos 4 a 8, señalando que como diligencia previa a la celebración del matrimonio se encuentra la manifestación y la información.

Agrega que el artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional del Servicio de Registro Civil, señala en su inciso primero que el matrimonio celebrado en el extranjero, producirá efectos en el territorio chileno, siempre que se trate de la unión de un hombre y una mujer.

Indica que las alegaciones de los recurrentes se refieren a la impugnación del artículo 102 del Código Civil, de modo que la actividad material de la recurrida carece de reproche por cuanto se ajustó a la normativa vigente.

En cuanto a la competencia del Oficial Civil, indica que su actuación debe sujetarse al principio de jurisdicción, por lo cual, la conducta de la oficial civil, al negarse a dar hora para celebrar el matrimonio, se sujetó a la competencia otorgada por la ley, por cuanto, una actuación diversa habría excedido su competencia.

Refiere que la acción de protección no tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad de las normas que reglamentan el matrimonio, como

pretenden los recurrentes, por lo que escapa a la finalidad y naturaleza de la acción. Hace presente que en causa de protección Rol N°6787-2010, incoada por los mismos hechos, la Corte de Apelaciones solicitó un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil, y con fecha 3 de noviembre de 2011, lo rechazó, y luego, la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazó el recurso de protección con fecha 9 de diciembre de 2011, siendo confirmada dicha decisión por la Excma. Corte Suprema, el 4 de abril de 2012.

Finalmente, señala que la Ley N°20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, que entró en vigencia el 22 de octubre de 2015, regula los efectos jurídicos derivados de la vida afectiva en común de personas de igual o distinto sexo, contrato al que pueden acceder los recurrentes, quienes adquirirán el estado civil de convivientes civiles;

Tercero: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitraria o ilegal que prive, perturbe o amenace ese atributo.

Lo que se persigue por medio de esta acción cautelar es poner pronto remedio a actuaciones de facto que amaguen o conculquen derechos indubitados, sea en forma ilegal o arbitraria, esto es, aquellas actuaciones que pretenden cambiar el statu quo vigente, en forma caprichosa y obviando la legalidad vigente;

Cuarto: Que, de acuerdo a lo antes expuesto, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario que provoque algunas de las situaciones o consecuencias que se han indicado, afectando a una o más de las garantías constitucionales preexistentes, protegidas por la norma antes citada y que el recurso mediante el que se impugna tal acto u omisión arbitraria sea deducido dentro del plazo de treinta días corridos desde la ejecución de dicho acto u omisión, conforme lo dispone el N°1 del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema que regula la materia;

Quinto: Que los motivos de la presente acción cautelar, ya fueron planteados en los autos sobre Recurso de Protección Rol N°6787-2010, en que se recurría en contra de la Oficial del Servicio de Registro Civil de Santiago, por haberse negado a otorgar fecha para la realización del matrimonio de personas del mismo sexo. Dicha acción cautelar, luego de haber sido requerido un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, el que en síntesis, concluyó que la actual legislación chilena sólo acepta el matrimonio entre un hombre y una mujer, fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago, por estimar que no existía actuación ilegal o arbitraria alguna, decisión que fue posteriormente confirmada por la Excma. Corte Suprema, en ingreso Corte N°12.635-2011;

Sexto: Que, en la presente acción, se plantea nuevamente la cuestión y se le pide a esta Corte que realice un pronunciamiento sobre la materia, dado el interés nacional de la misma, considerando la circunstancia que, son cada vez mas numerosas las familias que no se pueden enmarcar en el concepto

tradicional, no obstante ser todas las personas libres e iguales en dignidad y derechos;

Séptimo: Que, frente a lo pedido, en primer lugar cabe reiterar, que el recurso de que se trata per se constituye una herramienta en la cual los legisladores tuvieron especial cuidado de conferirle un carácter cautelar, en cuanto a que su fin es el resguardo de las garantías fundamentales y los derechos humanos, puesto que los preceptos establecidos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, están concebidos como un instrumento que resguarda la institucionalidad constitucional, pero que además ella existe sin perjuicio de los demás derechos o acciones que procedan ante los tribunales competentes. Se entregó a las Cortes de Apelaciones, su conocimiento y resolución, frente a la vulneración de las garantías que la misma norma establece;

Octavo: Que, en este orden de ideas, en cuanto a la ilegalidad, especie de antijuridicidad, cabe precisar que ella importa contrariedad al texto expreso de la ley, producto de un actuar abusivo o excesivo de un poder jurídico que se detenta. A su vez la arbitrariedad, se refiere a una actuación opuesta a la justicia, atentando contra la razón o bien contra las leyes vigentes y totalmente dominada por su voluntad o bien por su capricho, es decir se trata de un actuar injusto, antirreglamentario, abusivo, improcedente, inconsistente, insostenible, parcial, prohibido, en síntesis, ilegal;

Noveno: Que, considerando lo señalado precedentemente, corresponde analizar, si la actuación que se reprocha a la Oficial Civil recurrida, es ilegal y/o

arbitraria. Para ello, debe consignarse, primero, el marco jurídico aplicable en la especie, y luego, si este ha sido contrariado;

Décimo: Que, el artículo 102 del Código Civil, consagra la institución del matrimonio y lo define como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.

Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Justicia del año 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, estableció las competencias del Registro Civil, en especial en cuanto deben velar por el cumplimiento de la ley, estableciendo las facultades de que se encuentra dotado para su actuar.

Por su parte, la Ley N° 19.477, que Aprueba la Ley Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación, establece las potestades, competencias, responsabilidades, función, atribuciones y tareas del Servicio de Registro Civil, consagrando en su el artículo 4° N°3 la de celebración del matrimonio, a través del Oficial Civil, en conformidad a la ley;

Undécimo: Que, de lo anterior, se sigue que nuestra legislación vigente establece que el contrato de matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer y el Servicio de Registro Civil se encuentra obligado a respetar la

legislación aplicable a las materias respecto de las que se le ha otorgado competencia.

En este orden de ideas, no se advierte, entonces un actuar ilegal, ni menos arbitrario, desde que su intervención en los hechos denunciados por los recurrentes, se ha efectuado dentro del marco legal aplicable, en uso de sus facultades y competencias, por lo que el arbitrio a su respecto no puede prosperar;

Duodécimo: Que, por otra parte, a esta Corte no le compete pronunciarse sobre la inaplicabilidad de una norma legal, estando entregada dicha tarea al Tribunal Constitucional, cuyo pronunciamiento fue realizado en el año 2011, desestimando así declararlo respecto del artículo 102 del Código Civil;

Décimo tercero: Que, no obstante lo anterior, cabe consignar que la cuestión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, ha sido un asunto que ha motivado diversas discusiones sobre su legitimación y nuestro país no se encuentra ajeno a ello.

En Chile, el proyecto de ley sobre la materia, ingresado en diciembre de 2014, se encuentra en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados.

Por su parte, el año 2015, se promulgó la Ley N° LEY N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, que en su artículo 1° lo define como: "*El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los*

efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil”.

La legislación comparada da cuenta de su reconocimiento en diversos países, la mayoría de ellos en Europa. Dicha unión es legal en: Holanda, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Suecia, Portugal, Grecia, Inglaterra, Gales, Escocia, Islandia, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Brasil, México (varios estados), Sudáfrica, Nueva Zelanda y Colombia;

Décimo cuarto: Que, se trata de un tema no pacífico, que frente a la normativa nacional e internacional ha motivado diversas iniciativas legales que pretenden ajustar la legislación a la realidad sobre lo que debemos entender por familia y otras instituciones ligadas a la misma, circunstancia, que entienden estos sentenciadores, debe, conforme a la Constitución y las Leyes, estar entregada a otros Poderes del Estado, no siendo esta Corte, ni la presente acción cautelar la vía idónea para pronunciarse sobre la materia, atendida su naturaleza, desde que no se trata de un amparo constitucional, como se conoce por la doctrina y jurisprudencia constitucional comparada, acción esta última, respecto de la que esta magistratura carece de competencia;

Décimo quinto: Que, no obstante todo lo dicho, estos sentenciadores estiman oportuno destacar la experiencia del Derecho español sobre la materia, que es analizada por el Catedrático de la Universidad de Alicante, Manuel Atienza Rodríguez, quien en su obra “Podemos hacer más. Otra forma de pensar Derecho”, al referirse a la justicia constitucional y escepticismo moral, específicamente a la argumentación efectuada por tribunales constitucionales que le permiten ilustrar la tesis que el razonamiento justificativo judicial tiene

necesariamente un componente moral, lo que no impide que pueda ser analizado y evaluado con criterios de racionalidad, indicó: “El primero es un caso reciente del Tribunal Constitucional español que dio lugar a una sentencia (198/2012 de 6 de noviembre) en la que la mayoría (hubo tres votos disidentes y uno concurrente) declaró la constitucionalidad de una ley de 2005 que reformaba el Código Civil abriendo el matrimonio a las personas del mismo sexo: lo que se ha llamado el matrimonio homosexual. La narración del caso y la motivación de la sentencia pueden sintetizarse como sigue.

La reforma del Código Civil había consistido esencialmente en añadir al art. 44 la frase siguiente: <el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo>. Aunque quienes plantearon el recurso de inconstitucionalidad –diputados del Partido Popular– esgrimieron muchas causas de inconstitucionalidad, el tribunal (yo creo que con toda razón) entendió que el motivo principal (y en el que de alguna manera se subsumían todos los otros) era que la reforma del Código Civil entraba en contradicción con lo que establece el art. 32.1 de la Constitución española: <el hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica>. En una motivación (como suele suceder siempre en el caso de nuestros tribunales) excesivamente amplia (la sentencia ocupa 60 páginas y los votos disidentes y concurrente otras 30) y un poco farragosa, el Tribunal argumentó así. El que la nueva ley vulnere o no ese artículo constitucional depende de si el mismo contradice la <garantía institucional> del matrimonio, o bien el <derecho> a contraer matrimonio; se arranca, pues, con una distinción entre dos aspectos o dimensiones que pueden encontrarse en el matrimonio: en

cuanto institución y en cuanto derecho. Ahora bien, la nueva regulación no desfigura la institución matrimonial, por estas dos razones: 1) la esencia de la institución radica en el afecto mutuo entre los contrayentes, junto con las notas de libertad e igualdad, y no en la característica –tradicional, pero no esencial- de que los contrayentes sean personas de distinto sexo; y 2) el artículo 32.1 debe interpretarse según un canon de <interpretación evolutiva> que tenga en cuenta lo que la sentencia llama la <cultura jurídica>; y esa cultura jurídica mostraría una tendencia en diversos países de nuestro entorno a admitir esa modalidad de matrimonio, al tiempo que, en el caso español, diversas encuestas de opinión ponen de manifiesto la existencia de una mayoría de la población que aprueba la nueva modalidad de matrimonio, mayoría que es todavía más amplia si lo que se considera es el segmento de población más joven. Y el cambio no afecta tampoco al <contenido esencial> del derecho a contraer matrimonio. No afecta a ese derecho cuando se considera en su dimensión objetiva, por las mismas razones por las que el cambio no dañaba al matrimonio como institución. Y tampoco con la dimensión subjetiva puesto que, como parece obvio, la nueva regulación no supone para las personas heterosexuales ninguna limitación en cuanto a su derecho a contraer matrimonio.” (Editorial Pasos Perdidos S.L., año 2013, P. 89, 90 y 91); y

Décimo sexto: Que, al haberse ajustado a la ley el actuar de la recurrida, no se vislumbra la arbitrariedad alegada, por lo que el recurso de que se trata será desestimado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte

Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **se rechaza, sin costas**, el deducido en lo principal de fojas 1.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción de la Ministra señora María Soledad Melo Labra.

Protección N° 7280-2016.

No firma el Abogado Integrante señor Torres, por ausencia, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora María Soledad Melo Labra, conformada por la Ministra señora Maritza Villadangos Frankovich y el Abogado Integrante señor Oscar Torres Zagal.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, a diez de junio de dos mil dieciséis, se notificó por el estado diario la sentencia que antecede.

