Santiago, diez de abril de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha 28 de marzo de 2013, a fojas 1, Sergio Larraín Sáez deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 54, N° 4, de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, en la causa sobre divorcio culpable de que conoce el Juzgado de Familia de Antofagasta bajo el RIT N° C-200-2013.

El precepto legal impugnado dispone:

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

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

... 4°.- Conducta homosexual;”.

Como antecedentes de la gestión en que incide el requerimiento, indica el actor que, en febrero de 2012, su cónyuge, Janinna Leyton Díaz, lo demandó de divorcio culpable o divorcio sanción ante el Juzgado de Familia de Antofagasta, por la causal de conducta homosexual, argumentando que el actor se habría alejado de ella a raíz de su orientación sexual, iniciando una relación con una persona de su mismo sexo mientras vivía en el hogar común.

Señala el actor que no ha incumplido ninguno de los deberes del matrimonio y que la ruptura obedece exclusivamente a diferencias irreconciliables, que se enmarcan en otras hipótesis de divorcio y, como consta de las piezas de la gestión, en ella se han tenido por controvertidos los hechos, alegando el demandado que nunca fue infiel y que, sólo una vez separado de hecho, se reformuló su identidad u orientación sexual, pero sin

haber realizado actos homosexuales durante la convivencia con su cónyuge, encontrándose el proceso en espera de audiencia de juicio y suspendido en su tramitación conforme a lo ordenado por la Primera Sala de esta Magistratura Constitucional, a fojas 29.

Agrega el requirente que el precepto legal impugnado tiene incidencia decisiva en la resolución de la gestión pendiente, pues en él se contiene la única causal del divorcio culpable demandado, de modo que de declararse su inaplicabilidad, la demanda no podrá prosperar y se deberá alegar otra causal para disolver el matrimonio, que sí sea compatible con la Constitución.

En cuanto al conflicto constitucional sometido a la decisión de este Tribunal Constitucional, sostiene el actor que el precepto cuestionado, al consignar la causal de divorcio por *“conducta homosexual”*, establece una discriminación arbitraria en base a la orientación sexual, definida por los Principios de Yogyakarta como la *“capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”*. Así, en relación a la orientación sexual, se distingue entre personas heterosexuales, homosexuales y bisexuales, constituyendo el género de la persona hacia la cual se siente atracción la única diferencia entre estos conceptos.

Agrega que la orientación sexual cabe dentro de las categorías de discriminación prohibida, conforme al artículo 2° de la reciente Ley N° 20.609, sobre medidas contra la discriminación, en tanto se trata de una distinción, exclusión o restricción que carece de justificación razonable y que causa privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y

los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile.

Así, de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de la raza, el sexo, el color o la religión, son también categorías prohibidas de discriminación la identidad de género y la orientación sexual, conforme lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *"Atala Riffo con Chile"*.

En consecuencia, la causal de divorcio *"conducta homosexual"* contiene una presunción de discriminación arbitraria y esa sola conducta -o incluso la bisexual- no implica la infracción de deber alguno del matrimonio, constituyéndose así la causal en comento como una sanción a la orientación sexual de la persona, por ese solo hecho y aun cuando no exista propiamente contacto sexual con alguien del mismo sexo, equiparando el reproche social a la homosexualidad con otras causales de divorcio culpable del mismo artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, como el alcoholismo, la drogadicción o la tentativa de prostituir a los hijos.

En los términos expuestos, la causal de divorcio contenida en el precepto legal cuestionado, carece de justificación razonable y no supera el test de proporcionalidad en los términos delineados por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, infringiendo en la especie la igualdad de las personas en dignidad y derechos, contemplada en el artículo 1° de la Constitución; la igualdad ante la ley y la proscripción del establecimiento por ley de diferencias arbitrarias, asegurada en el artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental, y conculcando asimismo el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con la igualdad ante la ley garantizada por el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La diferencia que hace la norma impugnada entre los derechos de las personas según si su orientación es

homosexual o heterosexual, no persigue un objetivo legítimo desde el punto de vista constitucional. En efecto, el único fin que podría dilucidarse es cautelar la obligación de fidelidad en el matrimonio, pero en ese caso la causal del N° 4 del artículo 54 es innecesaria, toda vez que el N° 2 del mismo artículo establece la infidelidad como causal de divorcio culpable, lo que confirma que la causal del N° 4, impugnada, implica reprochar y perjudicar a una persona por su sola orientación sexual, asimilando la conducta homosexual a una enfermedad, un delito o un vicio y estableciendo al efecto una causal de divorcio adicional aplicable sólo a los homosexuales y no a los heterosexuales.

La Primera Sala de esta Magistratura, a fojas 29, acogió a tramitación el requerimiento y, a fojas 63, previo traslado a las demás partes de la gestión en que incide, lo declaró admisible.

A fojas 71, se confirió a los órganos constitucionales interesados y a la demandante en la gestión *sub lite*, el plazo de 20 días para formular sus observaciones sobre el fondo del requerimiento, sin que aquéllos ni ésta hicieren uso de su derecho.

Por resolución de 14 de junio de 2013, se ordenó traer los autos en relación.

Por resolución de 5 de agosto del mismo año, se ordenó agregar a los antecedentes la presentación efectuada a fojas 86 por diez personas que, invocando su calidad de abogados y ciudadanos, solicitaron el rechazo de la presente acción de inaplicabilidad.

La causa se agregó para su vista en la tabla de Pleno del día 8 de agosto de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y el alegato del abogado Ciro Colombara López, por el requirente. Con fecha 27 de agosto de 2013, se adoptó acuerdo.

CONSIDERANDO:**I.- Conflicto constitucional sometido a consideración del Tribunal.**

PRIMERO.- Que, como se ha señalado en la parte expositiva, en el presente requerimiento Sergio Larraín Sáez solicitó la declaración de inaplicabilidad del artículo 54, N° 4, de la Ley de Matrimonio Civil, por infringir su aplicación en el proceso de divorcio por culpa que le sigue su cónyuge Janinna Eileen Leyton Díaz en el Juzgado de Familia de Antofagasta, RIT N° C-200-2013, los artículos 1°; 5°, inciso segundo, y 19, N° 2°, de la Constitución Política;

SEGUNDO.- Que el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil establece en su inciso primero que “[e]l divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”, siendo ésta la causal genérica de lo que se conoce como divorcio por culpa.

Luego, el inciso segundo del mismo artículo 54 precisa que “[s]e incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: (...) 4° Conducta homosexual”, siendo ésta la disposición legal cuya inaplicabilidad se solicita;

TERCERO.- Que, a juicio del requirente, la causal de divorcio contenida en el artículo 54, N° 4, de la Ley de Matrimonio Civil sanciona la mera orientación sexual homosexual de una persona, lo que significa que se discrimina arbitrariamente en la regulación del matrimonio respecto a los homosexuales al imponérseles una causal de divorcio adicional que no se aplica a los heterosexuales, discriminación que vulnera en su aplicación judicial el artículo 1°, incisos primero y

cuarto, 19, N° 2°, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, este último en relación con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

II.- El matrimonio en la legislación chilena.

CUARTO.- Que en sentencia recaída en el Rol N° 1881, este Tribunal afirmó que, respecto del matrimonio, existe una reserva de ley referida a la regulación de sus efectos que tiene un doble fundamento en la Carta Fundamental. Por una parte, en el N° 3 del artículo 63 de la misma, que señala que son materias de ley, las que *"son objeto de codificación civil"*. Por otra parte, en el N° 20 del mismo artículo, que establece que también lo es *"toda otra norma de carácter general y obligatoria ue estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico."* (Considerando 5°);

QUINTO.- Que, en virtud de lo anterior, la legislación chilena actual aplicable en materia matrimonial, esto es el Código Civil, en los títulos IV, V y VI del Libro Primero "De las personas", y la Ley N° 19.947 que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil, configura el matrimonio heterosexual y monogámico.

En efecto, el artículo 102 del Código Civil señala que "[e]l *matrimonio* es un contrato solemne por el cual **un hombre y una mujer** se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente", y la Ley de Matrimonio Civil, al regular en su artículo 80 el reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero, los reconoce -en lo que interesa para el caso que nos ocupa- **"siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer"** (inciso primero).

Asimismo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al ocuparse en el artículo 17 de la titularidad del derecho a contraer matrimonio, no ocupa la locución

“toda persona” que es la que utiliza para referirse a quienes son sujetos de los otros derechos que reconoce, sino que dice en su inciso segundo que “[s]e reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio”, por lo que la opción legal en Chile por el matrimonio heterosexual es consistente con lo establecido en la Convención;

SEXO.- Que tal modelo de matrimonio resulta acorde con las bases de la institucionalidad contenidas en el capítulo I de la Carta Fundamental, la que, en su artículo 1°, inciso segundo, señala que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, disposición que se reitera en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley de Matrimonio Civil, que añade que “[e]l matrimonio es la base principal de la familia”;

SÉPTIMO.- Que, atendida la índole peculiar del matrimonio, el cual, conforme a la definición que del mismo da el artículo 102 del Código Civil (antes citado), crea una comunidad de vida entre un hombre y una mujer, de la que surgen deberes especiales entre los cónyuges.

Al respecto, el artículo 131 del Código Civil dispone que “[l]os cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”. Y el artículo 132, junto con disponer que “[c]ometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge”, establece que “[e]l adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé”;

III.- Regulación legal del divorcio.

OCTAVO.- Que, desde el momento en que una legislación admite el divorcio como institución que pone término al matrimonio, que es lo que hace la Ley de

Matrimonio Civil de 2004 en su artículo 53, ella debe precisar cuáles serán las causales por las cuales procede el divorcio;

NOVENO.- Que, además del divorcio solicitado de común acuerdo por ambos cónyuges acreditando que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año y del solicitado unilateralmente por uno de ellos, de acuerdo en ambos casos con lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, el artículo 54 de la misma ley considera, en su inciso primero, que ciertas faltas, imputables a uno de los cónyuges y constitutivas de “una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”, permiten al otro cónyuge demandar el divorcio, el que en estos casos es conocido como divorcio por culpa;

DÉCIMO.- Que, entre las faltas que representan una vulneración grave de los deberes y obligaciones que el matrimonio impone a los cónyuges, queda comprendido inequívocamente el adulterio, el cual, según el artículo 132, inciso segundo, del Código Civil, lo cometen “la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge”, conducta ésta -el adulterio- que es considerada por el inciso primero del mismo artículo como constitutiva de “una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio”.

Pero, además, debe tenerse presente que el adulterio no es la única transgresión grave al deber de fidelidad propio del matrimonio, y constitutivo por tanto de la causal de divorcio por culpa establecida en el artículo 54, N° 2, de la Ley de Matrimonio Civil, sino que también lo son “otros hechos de infidelidad conyugal de gran significación que importen un severo atentado al vínculo matrimonial”, entre los cuales se comprende el trato reiterado de uno de los cónyuges con persona de otro sexo

con la que tenga muestras de afecto y pasión impropias de exteriorizarse con quien no sea su marido o mujer. (Sentencia de la Corte Suprema de 14 de marzo de 2011, en "Gaceta Jurídica" 369, pág. 176, considerandos séptimo y octavo);

DECIMOPRIMERO.- Que el inciso segundo del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil ejemplifica, refiriéndose a la causal genérica de divorcio por culpa del inciso primero del mismo artículo, consistente en la violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, que "[s]e incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:" ..."N° 4.- Conducta homosexual";

DECIMOSEGUNDO.- Que, como puede apreciarse, el mismo tenor literal de la disposición legal impugnada muestra que los meros sentimientos de tendencia homosexual de una persona no son suficientes para incurrir en la causal de divorcio culpable que se cuestiona.

En efecto, el encabezado del inciso segundo del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil señala que se incurre en la causal de violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, "cuando ocurre cualquiera de los siguientes **hechos**", que a continuación enumera y entre los que se encuentra el N° 4 "Conducta homosexual".

La falta imputable, por consiguiente, es un hecho, esto es un acto o actividad constitutiva de conducta homosexual, un comportamiento de esta índole, y no una mera preferencia u orientación sexual;

DECIMOTERCERO.- Que la historia de la elaboración de la disposición legal impugnada indica igualmente que no se pretendió con ella sancionar la mera orientación homosexual de alguno de los cónyuges. En efecto, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de julio de 2003, se expresa, refiriéndose al precepto

que hoy es el N° 4 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, que “la cuarta circunstancia es la conducta homosexual. La Comisión coincidió en que debe exigirse un comportamiento externo objetivo y no la mera condición o inclinación sexual”;

DECIMOCUARTO.- Que, como puede apreciarse, la legislación civil chilena actualmente vigente sobre matrimonio y divorcio considera constitutivas de una transgresión grave al deber de fidelidad propio del matrimonio tanto las conductas infractoras de ese deber de uno de los cónyuges con personas de otro sexo como con las del mismo sexo, sin que se considere que incurre en tal reproche el cónyuge que sienta atractivo o tenga inclinación por personas de su mismo sexo o del otro;

IV.- Vicios de inconstitucionalidad invocados.

DECIMOQUINTO.- Que el requirente, como se ha señalado, estima que la causal de divorcio contenida en el artículo 54, N° 4, de la Ley de Matrimonio Civil sanciona la mera orientación sexual homosexual de una persona, lo que significa que se discrimina arbitrariamente en la regulación del matrimonio respecto a los homosexuales al imponérseles una causal de divorcio adicional que no se aplica a los heterosexuales, discriminación que vulnera en su aplicación judicial los artículos 1°, incisos primero y cuarto, 19, N° 2°, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política, este último en relación con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

DECIMOSEXTO.- Que tal apreciación, al sostener la existencia de una discriminación entre personas heterosexuales y homosexuales en la legislación sobre divorcio, resulta equivocada, pues, tal como se ha demostrado, la ley no considera como causal de divorcio culpable la mera inclinación o atractivo sexual hacia personas del mismo sexo, ni tampoco la que uno de los

cónyuges tenga respecto de persona del otro sexo, sino, únicamente, las conductas, esto es actuaciones, que uno de los cónyuges tenga con persona que no sea su cónyuge y que suponga una infracción grave al deber de fidelidad, entre las cuales está, por cierto, el trato sexual, pero también las manifestaciones de afectos propias sólo entre cónyuges;

DECIMOSÉPTIMO.- Que, aunque el requerimiento señala como infringidos los artículos 1°; 5°, inciso segundo, en relación con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 19, N° 2°, de la Constitución Política, el reproche de inconstitucionalidad viene a ser sólo uno y consistente en que la norma impugnada, esto es el artículo 54, N° 4, de la Ley de Matrimonio Civil, disposición que establece como causal de divorcio culpable la “[c]onducta homosexual”, discrimina arbitrariamente al cónyuge que tenga orientación sexual hacia personas del mismo sexo, la que es una categoría prohibida de discriminación y constitutiva, por consiguiente, de una infracción a la garantía de igualdad ante la ley, puesto que no se aplica al cónyuge que tenga inclinación con persona del sexo opuesto;

DECIMOCTAVO.- Que, conforme a lo razonado anteriormente, la legislación sobre matrimonio y divorcio existente en Chile no considera como causal de divorcio culpable la mera orientación afectiva hacia persona del otro o del mismo sexo, y únicamente considera transgresión grave al deber de fidelidad propio del matrimonio la conducta, o actos, de uno de los cónyuges con personas del otro o del mismo sexo, que implique contacto sexual o que, sin llegar a serlo, constituya la exteriorización de afectos propios del matrimonio, por lo que no existiendo una diferenciación arbitraria, como la que se reprocha en el requerimiento, éste debe ser rechazado;

DECIMONOVENO.- Que lo señalado en los considerandos anteriores se ve reafirmado por la Ley N° 20.609, que establece Medidas contra la Discriminación. En efecto, el artículo 2°, inciso primero, de dicho cuerpo legal señala que: “[p]ara los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cauce privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo 2° agrega que “[l]as categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”. De ello resulta, entonces, que la categoría de orientación sexual no puede ser utilizada como una justificación para no cumplir las leyes, que en el caso que nos ocupa es la Ley de Matrimonio Civil, la cual contempla como causal de divorcio por culpa la conducta homosexual, concepto éste que, como se ha demostrado anteriormente, no es la mera preferencia o inclinación sexual.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República y en

los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 29. Ofíciase al efecto.

No se condena en costas al requirente, por estimar el Tribunal que tuvo motivo plausible para deducir su acción.

El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado previene que concurre a la sentencia desestimatoria, en virtud de lo razonado en sus considerandos 6°, 12°, 13° y 17°. Estuvo por pronunciarse, además, acerca del reproche planteado en el requerimiento, en orden a que el deber de fidelidad queda cautelado suficientemente con el N° 2 del artículo 54 de la Ley sobre Matrimonio Civil, lo que haría innecesaria la causal de divorcio culpable prevista en el N° 4 del mismo precepto legal.

Haciendo presente que esa regulación separada no da cuenta de una mera redundancia respecto de la sanción por infidelidad, carente de racionalidad, puesto que el Legislador pudo concebir que la causal contemplada en el citado N° 4 configura una conducta objetiva con especie propia. Porque, en la hipótesis de hecho más extrema en que tal comportamiento puede materializarse, afecta de manera eminente el fin principal de la institución matrimonial, cual es la unión en orden a la procreación causada por la diferenciación y complementariedad sexual entre el hombre y la mujer.

Cumple con prevenir, en todo caso, que la "conducta homosexual" constituye una tipificación tan amplia, que incluso podría abarcar situaciones que no determinan de suyo la imposibilidad de continuar la vida matrimonial. De modo que el divorcio consecuente, con carácter de

sanción única e indefectible, aplicable por igual a injustos eventualmente desiguales, podría producir efectos desproporcionados y contrarios a la Constitución. Lo mismo que el estigma que acarrearía la publicidad que se otorga al registro de esta sanción.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y señora María Luisa Brahm Barril, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, en virtud de las siguientes consideraciones:

1°. Que el requirente, al solicitar la declaración de inaplicabilidad del artículo 54, numeral 4°, de la Ley N° 19.947, sobre matrimonio civil, estima vulnerados los artículos 1°, incisos primero y cuarto, y 19, numeral 2°, de la Constitución. Asimismo, alcanza su requerimiento a la transgresión de la regla del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En síntesis, somete a esta Magistratura que declaremos inaplicable la "conducta homosexual" como causal de divorcio culpable por ser atentatoria del principio de igualdad ante la ley al afectar discriminatoria y arbitrariamente al requirente por su sola orientación sexual;

2°. Que, necesariamente, este requerimiento obliga a realizar una explicación previa sobre el divorcio en nuestra legislación y, a partir de ella, aplicar el test de igualdad en términos que permitan argumentar la existencia o no de una discriminación arbitraria;

A.- El divorcio en la legislación de matrimonio.

3°. Que, a partir de la Ley N° 19.947, nuestra legislación civil recoge dos modalidades de divorcio que tienen diferente denominación. El divorcio como sanción, culpa o ilícito civil. Y el divorcio como remedio o

solución. La auténtica novedad de nuestra legislación del año 2004 reside en la introducción de esta última figura.

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

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

4°. Que el divorcio sanción procede en los casos en que exista una falta imputable al otro cónyuge, de tal entidad que importe una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio o respecto de los hijos y que convierta en intolerable la vida en común. En tal sentido, la existencia de una causal de divorcio culpable se identifica con un ilícito civil, de la misma manera que lo es la conducta prevista en el artículo 132 del Código Civil, que tipifica el adulterio como una grave infracción al deber de fidelidad entre los contrayentes del matrimonio. En tal sentido, la imputación de esta causal de divorcio requiere una demanda de divorcio por uno de los cónyuges y éste se decreta por el juez una vez acreditadas las condiciones taxativas o abiertas que el artículo 54 de la Ley de

Matrimonio Civil regula. Lo esencial es precisar que la identificación de esta causal tiene efectos muy diversos respecto de las otras modalidades de divorcio como solución a una crisis en donde la *affectio maritalis* se ha extinguido;

5°. Que, como lo sostiene un autor, “no es un hecho menor la existencia de una causal de divorcio por culpa, pues el legislador ha puesto al cónyuge víctima de la infracción en una posición privilegiada en relación con el divorcio remedio” (CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, “Divorcio sanción y el artículo 2° transitorio de la Ley de Matrimonio Civil”, en *Revista de Derecho*, N° 22, 2010-2, Universidad Católica de la Santísima Concepción, p. 86).

¿En qué consiste esta posición privilegiada? Los efectos son diversos.

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

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

3) Hay efectos económicos involucrados. A lo menos podemos identificar tres consecuencias pecuniarias.

Primero, la sentencia firme de divorcio autoriza para revocar todas las donaciones que por causa de matrimonio se hubieren hecho al cónyuge que motivó el divorcio por culpa (artículo 1790, inciso segundo, del Código Civil).

Segundo, hay un efecto añadido en el hecho de que el juez puede denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal o disminuir prudencialmente su monto (artículo 62, inciso segundo, de la Ley 19.947).

Y, finalmente, existe un efecto incierto en cuanto a la perspectiva de demandar indemnización de perjuicios por la culpa. Nuestra legislación no dice nada respecto del hecho de que se pueda demandar no sólo por el incumplimiento de un deber propio del Derecho de Familia, sino que de otro derivado directamente del Derecho de Daños. No es tarea de esta Magistratura definirlo, pero a lo menos debemos constatar que este debate se ha dado en países con una legislación similar (ver TANZI, Silvia, y PAPIILLÚ, Juan, "Daños y perjuicios derivados del divorcio. Doctrina y jurisprudencia en Argentina", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, julio de 2011) y que se está debatiendo en Chile [sólo por vía ejemplar, HERANE VIVES, Francisco, "Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales" en CORRAL TALCIANI, Hernán, y RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II*, Universidad de los Andes - Legal Publishing, 2006, o el estudio de SEVERÍN FUSTER, Gonzalo, "Indemnización entre cónyuges por los daños causados con ocasión del divorcio", en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Universidad Católica de Valparaíso, Legal Publishing, 2007];

6°. Que, en síntesis, la condena por divorcio culpable, fundada en alguna de las causales del artículo 54 de la Ley N° 19.947, genera un estatus civil diferenciado, con efectos jurídicos adversos para el culpable, sostenido en el reconocimiento del cónyuge como víctima y con el menoscabo consiguiente de la igualdad de derechos civiles como producto del cese de la relación matrimonial. Justamente, tal evidencia es la que someteremos al examen de igualdad e interdicción de trato discriminatorio, aplicada sólo a la causal del artículo 54, numeral 4°, de la Ley N° 19.947;

B.- La “conducta homosexual” como causal de divorcio culpable.

7°. Que el artículo 54, numeral 4°, dispone que se incurre en una causal de divorcio culpable *“cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: (...) 4° Conducta homosexual”*;

8°. Que nunca antes en la historia del establecimiento del divorcio en Chile, incluyendo diversos proyectos de ley debatidos en el Congreso en 1883, 1910, 1917, 1927, 1930, 1934, 1948 y 1969, que incorporaban diversas causales de divorcio culpable, jamás se había hecho referencia explícita a la homosexualidad como una conducta que deviniera en el derecho del otro contrayente a solicitar el divorcio. Sólo la legislación del año 2004 la incorpora (LLULLE NAVARRETE, Philippe, Divorcio, compensación económica y responsabilidad civil conyugal, Thomson Reuters, 2013, pp.36-43);

9°. Que este precepto legal fue introducido por la Ley N° 19.947, que sustituyó la Ley de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884, estableciendo un régimen nuevo en el matrimonio, en el cual destaca, entre otras disposiciones, la incorporación del divorcio vincular.

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

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

“Artículo 54: “Será motivo de divorcio, hallarse uno de los cónyuges permanentemente en una situación o adquirir una conducta que contradiga gravemente los fines del matrimonio o lo inhabilite

para alcanzarlos de una manera compatible con la naturaleza del vínculo. En especial, se considerará verificada la antedicha situación: (...)

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

Y con la siguiente justificación:

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

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

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

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en su Primer Informe, sostuvo respecto de esta causal lo siguiente:

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

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

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

conductas homosexuales, que se establecen como un ejemplo específico.(...)”

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

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

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

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

10°. Que, en síntesis, el debate legislativo, primariamente, reemplazó el vocablo “conductas homosexuales” por “conducta homosexual”. Seguidamente, se constató que dicha conducta debe estar fundada en comportamientos externos y objetivos, no pudiendo referirse a la mera inclinación homosexual. Tercero, se

advirtieron los efectos del tratamiento subjetivo de las causales de divorcio culpable ejemplificadas esencialmente por los casos en donde las personas asumen o adquieren un patrón de conducta homosexual. Y, finalmente, se advirtieron, en la perspectiva del subjetivismo causal, las dificultades de prueba de esta causal de divorcio culpable;

C.- Test de discriminación arbitraria de la causal de divorcio culpable por conducta homosexual.

11°. Que, habiéndose estimado vulnerada la igualdad ante la ley por parte del requirente, en su vertiente relativa a que la causal de divorcio culpable por "conducta homosexual" constituiría una discriminación arbitraria, le corresponde a esta Magistratura aplicar el test que especifique o descarte la razonabilidad de tal causal aplicable al caso concreto. En tal sentido, compartimos con Humberto Nogueira que "la igualdad en cuanto derecho fundamental reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación" (NOGUEIRA, Humberto, "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2006, 10, p. 802);

12°. Que esta prohibición de discriminación exige identificar los pasos metodológicos que nos expresen que nos encontramos frente a una diferencia arbitraria de aquellas que nuestro ordenamiento constitucional estima interdictas. El primer paso es referirnos a la fuente de origen de la diferencia de tratamiento;

1.- Orientación sexual como categoría sospechosa o prohibida.

13°. Que el matrimonio en Chile, según lo dispone el artículo 102 del Código Civil, es “el contrato solemne por el cual un hombre y una mujer (...)”. Lo anterior indicaría que la fuente que identifica la causal de divorcio como referida a una “conducta homosexual” aparece, a primera vista, sostenida en una diferencia de sexo.

Sin embargo, el análisis de la inaplicabilidad de esta causal de divorcio culpable ¿se hace sobre la base de mantener los efectos propios de un matrimonio heterosexual o, más bien, es una pauta para identificar el efecto jurídico que se deriva de la circunstancia de que uno de los contrayentes incurre en conducta homosexual?

La naturaleza protectora de los tribunales constitucionales en relación a la argumentación jurídica que garantice el respeto de los derechos fundamentales exige más claridad.

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

14°. Que, en esa línea, parece claro que los dilemas que utilizan como criterio de clasificación al sexo como un ejercicio de distinción superior a la mera diferenciación de género, no pueden ser evaluados mediante un test básico de igualdad. Para ellos rige un

escrutinio exigente, puesto que se utiliza un criterio que impone un significativo peso sobre grupos protegidos, como es el caso de los homosexuales, sujetos de históricas discriminaciones.

Hay diferenciación sospechosa cuando se cierne sobre un grupo que históricamente ha tenido una penetrante discriminación en contra de su clase, cuando ha sido estigmatizado por efecto de la clasificación, cuando la clasificación está basada en un estatus inmutable o en condiciones que la persona no puede controlar o cuando la discriminación construye un efecto que aísla a los individuos sujetos de discriminación generando un debilitamiento de sus garantías en la protección de sus derechos civiles y fundamentales;

15°. Que, en esa perspectiva, se impone una lógica de derechos a partir de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 26 dispone que *"todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."* Es un derecho autónomo de no discriminación y bajo el cual se configura una cláusula de carácter abierto. Acorde a esta cláusula entendió el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que el concepto "orientación sexual" cabe dentro de la noción de "sexo" (en el caso Toonen v/s Australia, N° 488/1992) y que también la "orientación sexual" era "cualquier otra condición" (Young v/s Australia, N° 941/2000). Por tanto, lo incluyó como categoría sospechosa;

16°. Que en esta causa el requirente invocó expresamente el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta disposición indica que *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”* La Corte ya había indicado que las diferencias de trato basadas en el sexo resultaban fuertemente sospechosas de ilegalidad y que el Estado debía brindar razones de mucho peso para su justificación. (Caso Morales de Sierra contra Guatemala, 2001, en DULITSKY, Ariel, *“El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana, en Anuario de Derechos Humanos, 2007, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 21).*

Sin embargo, será en un caso chileno en donde la Corte profundizará sus conceptos en el sentido de que la expresión *discriminación* del artículo 24 debe ser interpretada (...) a la luz de lo que menciona el artículo 1.1. En este sentido, debe entenderse que el concepto de discriminación contenido en el artículo 24 incluye los criterios prohibidos de distinción previstos en el artículo 1.1, que son: *“raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. De esta manera, ha concluido la Corte Interamericana que *“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, puede disminuir o restringir, de modo*

alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, párrafo 90);

17°. Que, en síntesis, no basta con asumir la razonabilidad de la distinción sosteniendo que se trata de una legislación coherente con el matrimonio heterosexual sin, a la vez, analizar cómo la categoría "orientación sexual" define un estatuto de derechos civiles que se restringe por la aplicación de esta causal de divorcio culpable, con todas sus consecuencias para uno de los contrayentes;

2.- Razonabilidad de la "conducta homosexual" como causal de divorcio culpable considerada autónomamente.

18°. Que esta causal de divorcio culpable debe ser considerada con razón como una "violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio". El legislador determinó que uno de los deberes del matrimonio es que *"los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos"* (artículo 131 del Código Civil). Por lo mismo, califica al adulterio como grave infracción al deber de fidelidad (artículo 132 del Código Civil). Sin embargo, el alcance de "este deber de guardarse fe no sólo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida" (BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El Código de la Familia*, Santiago, Legal Publishing, 2009, p. 28);

19°. Que si la razón de la causal se encuentra en la protección jurídica del deber de fidelidad, cómo se explica que el legislador haya definido en el artículo 54, numeral 2°, de la Ley de Matrimonio Civil, como otra causal de divorcio culpable, la *"transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y*

fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo y reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio". Resulta difícil concebir una regla más amplia que proteja los deberes del matrimonio que la contemplada en esta causal. Por lo mismo, la "cuota de infidelidad" que importa alguna de las acciones que puedan ser calificadas como conducta homosexual dentro del matrimonio están cubiertas ampliamente por la causal del artículo 54, numeral 2°, de la Ley N° 19.947. Por tanto, habrá que interpretar un sentido autónomo de la causal del artículo 54, numeral 4°, impugnada por el requirente;

20°. Que esta búsqueda de la autonomía interpretativa de dicha causal de divorcio la podemos visualizar mejor en el análisis comparativo con las restantes reglas de divorcio culpable;

21°. Que las otras causales de divorcio culpable definidas taxativamente, excluyendo la segunda ya explicada, son:

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

3°.- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal; 4°.- Conducta homosexual; 5°.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y

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

22°. Que estas causales están referidas a conductas contrarias al cónyuge, a los hijos o a todos ellos. Su

gravedad se manifiesta por sí misma: los hechos que conllevan un homicidio frustrado, el ejercicio de la violencia intrafamiliar, la drogodependencia o el alcoholismo como patología social contra la familia, y el proxenetismo. A ello hay que sumar la existencia de condenas penales ejecutoriadas por la comisión de delitos contra la familia. Y, en medio de ellas, "la conducta homosexual". ¿Un delito, una patología psíquica o física, una hipótesis de abuso, un ilícito civil, un daño moral o social? Piénsese que esta comparación desconcierta por la valoración que el legislador tiene de la "conducta homosexual" a secas, sin calificativos ni exigencias adicionales. En los demás casos, no basta el ilícito ni el delito o la concurrencia de los hechos mismos. Normalmente vienen acompañados de malos tratamientos "graves", excluyendo medianos o leves. Condenas ejecutoriadas por delitos penales "que involucre(n) una grave ruptura de la armonía conyugal", en cuyo caso se toleran las desarmonías medianas o rupturas circunstanciales. Un alcoholismo o drogadicción "que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa". El legislador sabe que las familias deben convivir con estos males hasta que se vuelvan completamente intolerables. Y, por el contrario, identifica la "conducta homosexual" como causal de divorcio culpable, sin atenuante ni tolerancia ninguna. ¿Basta un solo acto externo?;

23°. Que, por ejemplo, la doctrina, al explicar el efecto del divorcio culpable en materia de compensación económica, asume la diferencia de estos casos. "La compensación busca resarcir los perjuicios económicos que genera la pérdida del estatuto protector del matrimonio, no puede aprovecharse de ello quien no ha respetado dicho estatuto violando sus deberes conyugales o paternos. Además, sería incomprensible socialmente que alguien contra el cual se ha pronunciado una sentencia por

divorcio por atentado contra la vida o violencia contra el otro cónyuge o los hijos, abandono del hogar, adulterio, tentativa de prostitución, etc., pueda invocar la misma sentencia que lo declara culpable como un título legítimo de un derecho a compensación económica por los efectos del divorcio que con su conducta ha de alguna manera buscado". (CORRAL TALCIANI, Hernán, Separación, nulidad y divorcio, Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 107). Se excluye de esta descripción el caso de la "conducta homosexual" o la cobija dentro de un "etc.". No es del caso especular por qué. Simplemente nos lleva a buscar la razonabilidad de haber incorporado esta causal y encontrar su fundamento constitucional legítimo. Éste no puede identificarse autónomamente como una regla contraria a la fidelidad del matrimonio (que puede serlo en algunos casos) pero que el legislador definió extensamente en la causal del artículo 54, numeral 2°, de la Ley 19.947. Ni tampoco puede ser identificado con delitos, patologías sociales, enfermedades de dependencia física o sentencias condenatorias por abusos o violencia. El único paso lógico que resta para determinar la razonabilidad de esta causal es indagando en sí mismo, en el significado de qué es "conducta homosexual";

3.- ¿Qué entendemos por una "conducta homosexual" como causal de divorcio culpable?

24°. Que, analizada en sí misma esta causal, hay que recordar que el legislador la definió como una causal externa y objetiva, que no puede confundirse la "conducta homosexual" con "homosexualidad" y, en consecuencia, que se sancionan hechos y no inclinaciones o tendencias.

Sin embargo, ¿es esta definición del legislador la que mejor se expresa de un modo constitucional en la frase "conducta homosexual"? A nuestro parecer, no. Por de pronto, el legislador redujo la expresión "conductas" a "conducta" sin especificar la razón del cambio. En

segundo lugar, el vocablo "conducta" no da cuenta, precisamente, de actos externos que se diferencien de quien los realiza. Es así como la Real Academia Española, en lo pertinente, recoge dos acepciones de este término. Primero, como la "manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones". Y desde la psicología la conducta es el "conjunto de las acciones con que un ser vivo responde a una situación" (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición). Si asumimos estas acepciones, "la conducta homosexual" importaría señalar que hay "una manera homosexual de comportarse en la vida" o que hay un "patrón homosexual para responder a situaciones". Ninguna de las dos formas se refiere a actos sino que identifican una condición, un modo o pauta de comportamiento. En síntesis, una referencia estructural al propio sujeto. ¿Y cuál sería este patrón o manera?

Si analizamos el término "homosexual", diríamos, con la Real Academia Española, que es "con tendencia a la homosexualidad", "dicho de una relación erótica, esto es, que tiene lugar entre individuos del mismo sexo. Y su tercera acepción es "perteneciente o relativa a la homosexualidad". Si lo comparamos con el término "heterosexual", en la misma Academia la terminología es calcada. "Dicho de una persona que practica la heterosexualidad". Asimismo, "se dice de la relación erótica entre individuos de diferente sexo" y, finalmente, "perteneciente o relativo a la heterosexualidad" (Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. edición).

La expresión "conducta homosexual" no denota claramente hechos externos indubitados. La ambigüedad descriptiva de acciones es de tal naturaleza que no es distinguible con independencia del sujeto que las realiza. Esto ya había sido advertido por civilistas. Sostiene López que, "excluido el juicio de reproche a la

homosexualidad como conducta desviada (pues clínicamente no lo es), y diferenciada también de otras conductas que no lo son, como el travestismo, queda la duda acerca de cuál es el verdadero fundamento de esta causal" (LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, Librotecnia, 2005, p. 275).

La ciencia psicológica nos auxilia en la búsqueda de una razonabilidad del fundamento científico en que se apoya. Es así como "la orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas". (American Psychological Association, "Orientación sexual y homosexualidad, en <http://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual.aspx>). Por tanto, es un contrasentido esperar necesariamente conductas homosexuales provenientes de personas homosexuales. Y esto tiene lógica puesto que la *conducta homosexual* consiste en relaciones sexuales con miembros del mismo sexo. Puede ser encubierta (fantasías, deseos y pensamientos) o manifiesta (conducta públicamente observable, como cortejo, caricias,...). O sea, hay conductas homosexuales manifiestas o encubiertas desde el mundo de la psicología. Y desde el mundo del derecho la ausencia de poder descriptivo de una sanción civil hace indistinguible el fuero interno de quien es homosexual respecto de conductas que se manifiestan esporádicamente, de manera solapada o más abierta, dependiendo de un conjunto de circunstancias socioculturales. Justamente, "utilizamos el término orientación sexual para significar una identificación cognitiva y un sentido subjetivo emocional de uno mismo en un continuo de identidad homosexual / bisexual / heterosexual. Esta definición permite una gama de pensamientos y sentimientos, e incluso una discrepancia entre las propias acciones, pensamientos y fantasías. Además, permite la posibilidad

de que la orientación sexual cambie en el tiempo" (BYNE, William; PARSONS, Bruce: "Human Sexual Orientation. The Biologic Theories Reappraised", en *Archives of General Psychiatry*, Vol. 50, 1993, p. 229);

25°. Que, en síntesis, esta causal de divorcio culpable asigna al cónyuge una responsabilidad por actos indistinguibles de su condición personal, reafirmando un estándar subjetivo no permitido por la Constitución. Que la determinación del legislador constituye una vulneración esencial del propio ámbito de los derechos fundamentales, puesto que la identificación de un límite debe estar basada irredargüiblemente en actos externos, de significación jurídica, que generen afectación a terceros. No es posible tolerar la constitución de un límite a un derecho fundamental a un trato igualitario, si la naturaleza de ese límite consiste en degradar la condición de la persona misma o imputarla con responsabilidad y sanciones por un patrón conductual que no puede modificar. Si se repasan las infinitas "conductas homosexuales", muchas de ellas serán abiertamente ambiguas e, incluso, pueden no referirse a una infidelidad como un buen conjunto de actos asociados al sexo en Internet que no generan daños a terceros;

4.- La conducta homosexual es un criterio discriminatorio aplicable a la regla de divorcio.

26°. Que la razonabilidad de la imputación como causal de divorcio culpable a la conducta homosexual depende de dos condiciones: i) la base de la clasificación y ii) de la naturaleza del interés dañado por la clasificación y su fundamento y legitimidad constitucional;

27°. Que en cuanto a la base de la clasificación ya hemos sostenido que la orientación sexual es una de aquellas distinciones que, de acuerdo a nuestro derecho en la conexión del artículo 19, numeral 2°, y artículo

5°, inciso segundo, de la Constitución con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyen categoría sospechosa. Eso exige un estándar de juzgamiento estricto que hemos hecho. En tal sentido, el legislador estaba consciente de que no podía culpabilizar la condición de "homosexual" y que debía construir una causal de divorcio objetiva. Sin embargo, la forma indefinida y ambigua en que construyó la causal de "conducta homosexual" constituye una discriminación. Es arbitraria tal calificación puesto que, comparativamente con las otras causales de divorcio culpable, es abiertamente desproporcionada ya que la mera conducta homosexual sin calificativo ninguno permite configurar la causal de divorcio culpable. En cambio, todas las demás tienen un estándar exigente, sea resultado de un proceso criminal con sentencia judicial ejecutoriada, sea resultado de un abuso persistente en el tiempo, sea como resultado de actos que lesionan bienes jurídicos tangibles del cónyuge y sus hijos. No logra el legislador definir la regla objetiva;

28°. Que, en cuanto al interés jurídico dañado por la clasificación, podríamos decir que hay dos. Uno es de naturaleza legal y otro es propiamente constitucional. El primer estándar de comparación es en relación al objetivo de amparar esta causal de divorcio culpable como una fuente específica de sanción de un deber de fidelidad. Resulta evidente que la causal del artículo 54, numeral 2°, de la Ley N° 19.947 supera con creces la protección de este bien jurídico. En segundo término, la mera concurrencia de conductas homosexuales en el matrimonio no es constitutiva *per se* de una acción de infidelidad. La convivencia de patrones alterados de homosexualidad en contextos dominantes de heterosexualidad lleva a que estos hechos se manifiesten usualmente de manera esporádica y solapada. En tercer

lugar, la satisfacción del bien jurídico de la fidelidad y, en un amplio sentido, de los deberes propios del matrimonio, es un asunto que debe verificar el juez de fondo, en la medida que exista igualdad de condiciones para examinar las imputaciones culpables propias y comunes en el deterioro de la convivencia humana en el matrimonio. Asimismo, la naturaleza de la imputación de la "conducta homosexual" debe precisarse con claridad temporal. Lo anterior, puesto que "la ley no exige que la homosexualidad deba ser conocida por el otro cónyuge. Pero de no haberlo sido al momento de contraer matrimonio, puede configurarse la causal del artículo 8°, N° 2°, al presentarse error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento." (LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, Librotecnia, 2005, p. 274).

Sin embargo, estas dimensiones podrían verificarse en el ámbito de la legalidad, habida cuenta de que la propia Constitución no establece el estatuto matrimonial en sus contenidos, según lo ha determinado esta Magistratura (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.881);

29°. Que hay un interés constitucional puesto en juego. El principio de no discriminación y la interdicción de la arbitrariedad por parte del legislador. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza "a hombres y mujeres igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos (...)" (artículo 3°). Esta igualdad de derechos civiles no sólo ha de existir al momento de la celebración del matrimonio sino que también en casos de ruptura. El artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que "los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad

de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo (...)". La Observación General N°28, sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres en esta materia, indica que "los Estados Partes deben velar asimismo por que se respete la igualdad con respecto a la disolución del matrimonio, lo cual excluye la posibilidad del repudio. Las causales de divorcio y anulación deben ser iguales para hombres y mujeres, al igual que las decisiones respecto de la división de los bienes, la pensión alimenticia y la custodia de los hijos. La determinación de la necesidad de mantener contacto entre los hijos y el progenitor al que no se haya confiado su custodia debe obedecer a consideraciones de igualdad. La mujer debe asimismo tener los mismos derechos que el hombre respecto de la herencia cuando la disolución del matrimonio obedece al fallecimiento de uno de los cónyuges" (Observación General N°28, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas);

30°. Que el estándar de igualdad se ve doblemente lesionado. Primero, por construir una causal de divorcio culpable que afecta discriminatoriamente a una categoría de personas juzgadas por su condición y no por sus actos. Segundo, porque de tal evento se deducen consecuencias civiles, procesales y económicas en su contra que vulneran la regla básica de igualdad que debe satisfacer el legislador en la identificación de causales de divorcio aplicables con isonomía a ambos;

D.- Aplicación de estos criterios al caso concreto.

31°. Que del examen del caso concreto podemos acreditar que la cuestión pendiente es una demanda de divorcio por culpa, fundada en el artículo 54, numeral 4°, de la Ley 19.947. Por tanto, nos encontramos frente a una norma *decisoria litis*, según consta a fs. 20 de nuestro expediente;

32°. Que sin perjuicio de las atribuciones del juez de fondo en la calificación de los hechos, los actos que “fungen” como “conductas homosexuales” no están circunstanciados y ambos cónyuges debaten sobre el cumplimiento del deber de fidelidad, en la demanda de divorcio, a fs. 19, y en la contestación a la demanda, a fs. 53. Por tanto, identifican el bien jurídico protegido por el artículo 54, numeral 2°, de la Ley 19.947 como deber propio del matrimonio;

33°. Que, asimismo, algunos de los efectos civiles y económicos adversos que se derivan de la determinación judicial de un divorcio culpable son identificados por la demandante del divorcio, a fs. 20 del expediente en este proceso constitucional;

34°. Que, por tanto, en el caso *sub lite* existe una aplicación concreta de la norma del artículo 54, numeral 4°, de la Ley N° 19.947 que genera un efecto inconstitucional. Lo anterior, puesto que se trata de una norma que define una regla discriminatoria al ser fundada en un criterio no razonable, arbitrario y denigrante de la condición de personas históricamente segregadas y sostenidas en una clasificación basada en un estatus inmutable o en condiciones que la persona no puede controlar. Aquello vulnera el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución, ya que el legislador estableció una “diferencia arbitraria”, sostenida en un criterio sospechoso, esto es, la orientación sexual de las personas, estableciendo una regla punitiva de efectos civiles, procesales y económicos perjudiciales para uno de los contrayentes del matrimonio. En tal sentido, estos Ministros estiman inaplicable por inconstitucional el criterio discriminatorio definido por el legislador, puesto que debe eliminarse como obstáculo para el goce de los derechos civiles en condiciones de igualdad. Esta afectación discriminatoria de la igualdad se extiende a la vulneración del artículo 1° de la Constitución en lo

relativo al deber estatal de estar al servicio de la persona humana, deber incumplido al constituir una causal de divorcio culpable que afecta la dignidad humana de las personas que no tienen cómo defenderse de una imputación subjetiva sostenida en su inclinación homosexual. Asimismo, las normas constitucionales vulneradas también se refieren al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en su relación material con los derechos convencionales identificados en los artículos 3°, 21, 23.4 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Ministra señora María Luisa Brahm Barril previene que concurre a la presente disidencia, pero sin compartir sus considerandos 15°, 16°, 19° y 34°, en su última frase (desde la palabra "Asimismo").

Redactó la sentencia el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto; la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino, y las prevenciones, los Ministros que, respectivamente, las suscriben.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2435-13-INA.

Sra. Peña

Sr. Bertelsen

Sr. Vodanovic

Sr. Fernández

Sr. Carmona

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por sus Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.