



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JAVIERA ETCHEVERRY BORGES

Profesores Guía: Enrique Navarro Beltrán y Pilar Arellano Gómez

Santiago de Chile 2015

*Para Luz y Francisca cuya
valentía motivó mi investigación*

*Para Soledad y Gastón por su
apoyo incondicional.*

Contenido

INTRODUCCIÓN	I
CAPITULO I: LA DEMANDA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN CHILE Y EL MUNDO	6
1. Movimiento homosexual en el mundo	9
2. Movimiento homosexual en Chile	11
CAPITULO II: DERECHO A LA IGUALDAD	18
1. Concepto de igualdad	18
a. Concepto para el Tribunal Constitucional	20
2. Síntesis del concepto	27
3. Justificación de la elección de dicho concepto	27
CAPITULO III: FAMILIA	29
1. El término familia en la Constitución	29
2. El término familia en la Doctrina Nacional	32
a. Conceptos planteados por juristas y actores en Derecho Público	32
b. Conceptos otorgados por Juristas y actores en Derecho Privado	43
c. Análisis de los conceptos anteriormente expuestos	52
3. Concepto de familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	54
a. Fallos que dan indicios del concepto de familia	55
b. Análisis de los fallos anteriormente expuestos	60
4. Familia y postura respecto al matrimonio en los Tratados Internacionales ratificados por Chile	61
a. Revisión de los Tratados	62
b. Análisis de las Convenciones antes expuestas	73
5. Conclusión: No hay concepto unívoco	75
6. Interpretación del término familia en la Constitución	77
a. Principios aplicables	80
b. Utilización de los principios enumerados para obtener el sentido del término familia en la Constitución	84
c. Criterios para realizar la interpretación:	87

d. Síntesis acerca de la interpretación constitucional	92
CAPITULO IV: MATRIMONIO HOMOSEXUAL	94
1. Legislación de los países que lo aceptan y regulan.....	94
a. Holanda	94
b. Bélgica.....	97
c. España	99
d. Canadá.....	104
e. Sudáfrica.....	106
f. Noruega	109
g. Suecia	111
h. Portugal	113
i. Islandia	115
j. Argentina	117
k. Dinamarca	122
l. República Oriental de Uruguay	124
m. Nueva Zelanda	127
n. Francia	129
2. Entidades subnacionales que han legislado acerca del matrimonio homosexual.....	131
a. México.....	132
b. Estados Unidos.....	134
c. Reino Unido	136
3. Países que permiten el matrimonio homosexual sin legislación al respecto.....	138
a. Brasil	138
b. Colombia	139
4. Análisis descriptivo del matrimonio en base a las definiciones aportadas previamente	142
a. Características comunes	142
b. Concepto personal de matrimonio.....	144

CAPITULO V: ANALISIS JURISPRUDENCIAL A NIVEL MUNDIAL DE PRONUNCIAMIENTOS FAVORABLES A NO DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL.	146
1. España	146
a. Tribunal Constitucional. Recurso de Inconstitucionalidad Rol 6864-2005. Sentencia N° 198 año 2012	146
2. Argentina.....	154
a. Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Acción de amparo. Expediente N° 34292 año 2009. Freyre Alejandro contra GCBA.....	154
3. República Oriental de Uruguay.....	160
a. Juzgado Letrado de Familia de 27° Turno de Montevideo. Resolución N° 1940 año 2012.....	160
4. Colombia.....	165
a. Corte Constitucional. Acciones de Inconstitucionalidad D8367 y D8376. Sentencia N° 577 año 2011.....	165
5. Estados Unidos.....	167
a. Corte Suprema de Justicia. Caso Edith Windsor vs. Estados Unidos. Sentencia N° 307 año 2012.	167
b. Corte Suprema de Justicia. Caso Hollingsworth vs. Perry. Sentencia N° 144 año 2012.....	170
6. México.....	171
a. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia N° 02 año 2010.....	171
7. Italia.....	175
a. Corte Constitucional 138/2010	175
8. Alemania	176
a. Tribunal Constitucional Alemán 17 julio 2002.....	176
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	176
a. Caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Sentencia año 2012	177
10. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.....	182
a. Caso Toonen vs. Australia. Comunicación N° 488 año 1992	182

CAPITULO VI: SITUACIÓN EN CHILE	186
1. Normas chilenas que se refieren al matrimonio	186
2. Análisis jurisprudencial: Fallo del Tribunal Constitucional por requerimiento de inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil. Rol 1881 año 2010	189
3. Situación respecto a parejas de igual sexo	198
4. Proyectos existentes sobre el tema	200
a. Proyectos de Unión Civil	201
b. Proyectos de ley de Matrimonio Igualitario	225
5. Análisis crítico de los proyectos	231
6. ¿Unión de Hecho o Matrimonio Igualitario?	232
CONCLUSIONES	235
BIBLIOGRAFÍA	245
ANEXO 1	252
ANEXO 2	257
ANEXO 3	258

RESUMEN

La regulación de las uniones homosexuales se ha vuelto un debate cotidiano en la actualidad. Dieciséis países y algunas regiones a lo largo del mundo cuentan con mecanismos para reconocer los matrimonios celebrados entre homosexuales. Chile desconoce jurídicamente la existencia de estas relaciones, ya que no cuenta con ningún tipo de regulación legal para ellas.

El presente trabajo busca analizar, desde el derecho a la igualdad y a la no discriminación consagrado en la Constitución Política, la actual regulación del matrimonio y la factibilidad de incluir dentro de éste a las relaciones homosexuales. Para determinarlo se esclarecerá el concepto del derecho a la igualdad y no discriminación, además del concepto de familia, analizados a la luz de la legislación y jurisprudencia internacionales.

Se realizará un estudio de los procesos históricos y legales a través de los cuales los diversos países en el mundo, aprobaron el matrimonio homosexual, para, comparando dicho análisis con lo que ocurre actualmente en Chile, resolver acerca de la constitucionalidad y viabilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile.

INTRODUCCIÓN

La tesis que a continuación se desarrolla, pretende dar lugar en Chile a las personas homosexuales que forman pareja e indagar la desprotección legal en que se encuentran. El objetivo de esta investigación es otorgar una respuesta satisfactoria a la inquietud que ha mostrado la sociedad chilena en este contexto en los últimos años. Tomando en consideración la evolución que ha habido a nivel mundial en cuanto a otorgar diversos derechos a las parejas homosexuales, y la nula regulación existente en Chile, consideramos necesario realizar una autocrítica a este respecto y realizar un estudio exhaustivo de la posibilidad de que en este país se regulen estas relaciones inclusive en materia matrimonial.

El trabajo se esquematiza en seis capítulos, el primero de ellos hace referencia a la historia del movimiento homosexual, tanto a nivel nacional como internacional, para poder situar la demanda que hoy se expresa a lo largo del mundo, dentro de un contexto y entender porque surgen estas luchas sociales. Para ello revisaremos los principales hitos noticiosos que acaecieron en esta materia desde los inicios del movimiento.

El segundo capítulo trata acerca del contenido del derecho de la igualdad ante la ley en el derecho chileno, consagrado en la Constitución Política de la República, poniendo especial énfasis en el concepto que ha entregado el Tribunal Constitucional en sus respectivos fallos. Intentando con ello demostrar, que la negativa de otorgar derechos a las parejas de igual sexo, constituye una discriminación arbitraria y por tanto repudiable por nuestra constitución.

En el tercer capítulo intentaremos determinar cuál es el concepto de familia que se encuentra protegido por la Constitución, tomando en consideración que el texto mismo de nuestra carta fundamental señala que el Estado debe proteger y fomentar dicha institución, es necesario identificar cual es el sujeto de dicha protección. Para eso realizaremos un análisis del propio texto constitucional, además de un estudio de los conceptos de familia dados por distintas personalidades chilena relacionadas con el tema. Posteriormente haremos un estudio jurisprudencial de los fallos del Tribunal Constitucional, para intentar obtener el concepto de familia. Finalmente revisaremos los Tratados Internacionales ratificados por Chile, para determinar qué señalan acerca de la familia y qué derechos se asocian a ésta.

El cuarto capítulo se refiere específicamente a la institución del matrimonio homosexual, para eso haremos una revisión y síntesis de las leyes a nivel mundial que autorizan el matrimonio entre parejas del mismo sexo, estudiando la evolución legislativa que tuvieron dichos países para lograr aprobar el matrimonio homosexual, además de revisar las alternativas no legislativas que han aplicado algunos países para el mismo objetivo. Finalmente intentaremos desprender un concepto que aúne dichas legislaciones y sus características comunes.

El quinto capítulo comprende una revisión de diversos fallos a nivel mundial que promovieron un cambio de criterio en los diversos tribunales, lo que permitió que la legislación se adecuara a estos nuevos parámetros que fomentan la igualdad entre todas las personas. Estas sentencias reconocen la prohibición de discriminación en materia de orientación sexual y se hace referencia expresa a la posibilidad constitucional de consagrar el matrimonio homosexual. Revisaremos fallos tanto de Tribunales Ordinarios como de Cortes Constitucionales de países específicos, además de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Finalmente en el sexto capítulo estudiaremos la situación en la que se encuentra Chile en esta materia, para eso, revisaremos la regulación actual del contrato de matrimonio y la situación de las parejas homosexuales en ese aspecto. También analizaremos diversos proyectos de ley que han buscado otorgar ciertos derechos a las relaciones entre personas de igual sexo, aspirando a desprender lo esencial de cada uno de ellos para realizar un estudio crítico de las propuestas. Junto con eso, realizaremos un estudio pormenorizado del fallo 1881 del año 2010 promulgado por el Tribunal Constitucional Chileno, acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, que regula el concepto de matrimonio. Nos centraremos en este fallo ya que es el único a nivel nacional que se ha pronunciado acerca de la posibilidad de legislar sobre el matrimonio homosexual desde una perspectiva constitucional.

El objetivo específico del trabajo será demostrar en base a todos los antecedentes señalados que, el matrimonio homosexual es constitucional en Chile, más aún pretendemos demostrar que es una imperiosa necesidad el hecho de que se amplíe el derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, ya que en la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico está

vulnerando el derecho a la igualdad y no discriminación consagrados en la Constitución.

CAPITULO I: LA DEMANDA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN CHILE Y EL MUNDO

“Las mujeres son el sexo débil”. Hoy en día escuchar una frase como esa es inusual, suena absurdo por ejemplo pensar que los hombres deban tener mayores derechos que las mujeres, y quien en la actualidad efectivamente sostenga eso, es mal visto por la sociedad. Sin embargo, esta situación era completamente distinta el siglo pasado. Las mujeres no tenían derecho a votar, y eso era aceptado tanto por hombres como mujeres, hasta que comenzó a cuestionarse esta discriminación y las mujeres lucharon incansablemente alrededor del mundo, logrando de a poco ir igualando sus derechos a los de los hombres, en Chile, recién el año 1935 pudieron sufragar las mujeres en elecciones municipales y en 1949 pudieron hacerlo en elecciones parlamentarias y presidenciales¹.

Hago referencia a esta situación, ya que respecto a los derechos para los homosexuales y para todo grupo de personas históricamente

¹ BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. Memoria Chilena. [en línea]: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-93508.html> [Consulta: 20/01/14]

discriminadas pasa lo mismo. En cuanto a la lucha por obtener derechos de las personas homosexuales, Chile, aún se encuentra en la etapa previa a 1935.

Para lograr un avance legal, primero debe existir un avance social. Se necesita un cambio de mentalidad que vaya desarrollándose en el tiempo y poco a poco vaya sumando adeptos, hasta llegar a un volumen tal, que permita dar el paso hacia el cambio. La consolidación social de ese cambio, deberá reflejarse en los cuerpos legales que rigen a esa sociedad.

En la mayoría de los países del mundo, se han ido sucediendo los cambios sociales y legales respecto a los derechos de los homosexuales, en una suerte de etapas básicamente coincidentes.

En una primera etapa, se encuentra penada la homosexualidad, luego dejó de ser un delito por considerarse que era algo propio de la vida privada, sin embargo y por lo mismo, en esta etapa aún no se reconoce el derecho a formar pareja homosexual y tampoco a manifestarlo públicamente; seguido a esto, se concede reconocimiento a las uniones conformadas por parejas homosexuales, otorgándoles en general una serie de derechos patrimoniales, luego se pasa a permitir que las parejas homosexuales puedan casarse y

finalmente se logra el derecho a la adopción por parte de homosexuales, igualándose los derechos entre las parejas heterosexuales y homosexuales.

Estos son los pasos lógicos que han seguido casi todos los países, algunos se saltan alguna etapa o invierten los lugares de éstas, pero por lo general se pasa por esos pasos para consagrar finalmente la igualdad y no discriminación de los homosexuales. Hoy en día hay países que aún se encuentran en el primer paso, condenando la homosexualidad como un acto anti natura por lo cual debe ser castigado, incluso con pena de muerte, como es el caso de irán y arabia saudita², otros países se encuentran en el otro extremo logrando una real igualdad, como es el caso de Noruega y Holanda³, entre otros.

Chile en tanto se encuentra en un punto de transición entre el primer y el segundo paso, ya que la homosexualidad en sí ya no es considerada como

² Ser Homosexual está penado con la muerte en cinco países y en 78 es ilegal. 2012. Periódico El Mundo. 15/05/2012 [En línea]: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/15/internacional/1337093128.html> [Consulta: 18/01/14]

³ Ver: CAFELLI, PAOLO. 2013. Países donde el matrimonio homosexual está permitido. Coyuntura Económica. 23/04/2013. [En línea]: <http://coyunturaeconomica.com/actualidad/matrimonio-gay> [Consulta: 20/01/14]

un delito, pero sin embargo persiste el artículo 365 del Código Penal⁴, que castiga las relaciones sexuales entre dos hombres, cuando quien accede carnalmente es mayor de 18 años y accede a un hombre menor de 18 pero mayor de 14, lo que nos dice que en Chile sigue viéndose de forma negativa la homosexualidad en ciertos casos, y solo en el caso que esta sea entre hombres, no lesbica.

1. Movimiento homosexual en el mundo

Para entender más la lucha por la igualdad realizaré una breve síntesis de la historia del movimiento homosexual⁵ en su demanda por los derechos de los homosexuales. Esta se remonta a la Alemania del 1800, donde surgieron los primeros activistas homosexuales Heinrich Hösli, Karl Heinrich Ulrichs y Károly Mária Kertbeny quienes buscaban la despenalización de la sodomía. A finales de ese siglo se crearon las primeras organizaciones que velaban por los mismo objetivos, estas fueron el Comité

⁴ CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal. Artículo 365: El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

⁵ Entendiendo que éste incluye a lo largo de la investigación tanto a Gays como a Lesbianas.

Científico Humanitario, el Instituto para la investigación sexual y la Comunidad de los propios, todas en Alemania.⁶

“El Movimiento LGBT (lésbico, gay, bisexual y transexual) retomaría nuevamente su impulso acabada la Segunda Guerra, en 1945, etapa que se conoce como Movimiento Homófilo. El nombre “homófilo” significa que ama a un igual, y buscó centrar el debate en torno al tema del amor, y no solamente a lo sexual. Trabajaron en pos de la difusión de información científica y del debate público.”⁷

El 28 de junio de 1969, en el bar gay Stonewell Inn, en Greenwich Village, Nueva York, hubo un episodio de acoso policial en una redada llevada a cabo en ese lugar por el escuadrón de la moral pública de la policía local. Fue la primera vez que la comunidad homosexual se enfrentó directamente a las fuerzas policiales. Producto de esto hubo múltiples reacciones y protestas y se crearon numerosas organizaciones de activistas

⁶ Ver: ANGELES. 2010. Historia del movimiento LGBT: el comienzo de la lucha. Sobre Historia. 24/06/2010 [En línea]: <http://sobrehistoria.com/historia-del-movimiento-lgtb-el-comienzo-de-la-lucha/> [Consulta: 20/01/2014]

⁷ ANGELES. 2010. Movimiento LGBT, historia de la lucha por la igualdad. Sobre Historia. 24/06/2010 [En línea]: <http://sobrehistoria.com/movimiento-lgtb-historia-de-la-lucha-por-la-igualdad/> [Consulta 19/01/14]

sexuales a lo largo del mundo, dándose inicio a la tercera etapa denominada el movimiento de liberación gay. Dicha etapa dura hasta la actualidad y consiste principalmente en la lucha por obtener reconocimiento a las parejas homosexuales, ya sea como una unión de hecho o matrimonio. Actualmente el día 28 de Junio de cada año se celebra el día internacional del orgullo gay, para recordar lo ocurrido en el bar Stonwell⁸.

2. Movimiento homosexual en Chile

En cuanto a Chile, la primera manifestación homosexual en la historia del país se realizó el 22 de abril de 1973 en la plaza de armas de Santiago donde un grupo de aproximadamente 25 homosexuales, protestaron en pro de las reivindicaciones del mundo gay de Chile.⁹ Luego con el golpe militar, los homosexuales vivieron una fuerte represión por lo que no pudieron seguir

⁸ Ver: ANGELES. 2010. Movimiento LGBT, historia de la lucha por la igualdad. Sobre Historia. 24/06/2010 [En línea]: <http://sobrehistoria.com/movimiento-lgtb-historia-de-la-lucha-por-la-igualdad/> [Consulta 19/01/14] y Día del Orgullo Gay: sepa por qué se celebra. 2013. Periódico La República de Perú. 28/06/2013 [En línea]: <http://www.larepublica.pe/28-06-2013/dia-del-orgullo-gay-sepa-por-que-se-celebra> [Consulta 19/01/14]

⁹ ROBLES, VÍCTOR HUGO. 2009. Bandera Hueca. Capítulo: La primera rebelión. 29/05/09. [En línea]: <http://banderahueca.blogspot.com/2009/05/la-primera-rebelion.html> [Consulta 19/01/14]

manifestándose. En 1977, en plena dictadura, se formó el primer grupo secreto de homosexuales, llamado grupo Integración, quienes buscaban analizar la problemática homosexual, realizando charlas educativas sobre homosexualidad en casas particulares.¹⁰ La discreción con la que se habían desarrollado los colectivos homosexuales y lésbicos cambio radicalmente en 1988, con la aparición de “las yeguas del apocalipsis”, un dúo de arte homosexual formado por el escritor Pedro Lemebel y el poeta Francisco Casas, quienes realizaban diversas intervenciones públicas que impactaron a la sociedad.¹¹

El año 1991 se realizó el primer congreso Homosexual Chileno, en la ciudad de Coronel, donde asistieron una serie de grupos homosexuales¹². El mismo año se formó la primera organización formada por lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, para exigir la igualdad de derechos de estos grupos, esta organización se llamó el Movimiento de Integración y

¹⁰ ROBLES, VÍCTOR HUGO. Op.Cit., Capítulo: El grupo Integración. [En línea]: <http://banderahueca.blogspot.com/2009/05/el-grupo-integracion.html> [Consulta 19/01/14]

¹¹ Ibid. Capítulo: Las yeguas del apocalipsis. [En línea]: <http://banderahueca.blogspot.com/2009/05/las-yeguas-del-apocalipsis.html> [Consulta: 19/01/14]

¹² Ibid. Capítulo: Signos de apertura. [En línea]: <http://banderahueca.blogspot.com/2009/05/signos-de-apertura.html> [Consulta: 19/01/14]

Liberación Homosexual (MOVILH)¹³. Los principales objetivos de este colectivo era educar para la prevención del Sida y abogar por la despenalización de la sodomía, la cual estaba consagrada como delito en el artículo 365 del Código Penal. El año 1999 se aprueba la modificación de dicho artículo, sin embargo se mantiene como delito la sodomía en el caso de que quien acceda carnalmente a otro hombre sea mayor de 18 años y a quien le acceden tenga entre 14 y 18 años.

El año 1997 se crea el MUMS (Movimiento por la diversidad sexual) grupo que hasta la actualidad sigue luchando por los derechos de los homosexuales. A partir del año 1999 comenzó a celebrarse en Chile el día internacional del orgullo gay (28 Junio), realizándose desde ese entonces una marcha por la Alameda de Santiago. Al pasar de los años se han incluido distintas regiones en esta manifestación.¹⁴

El 2011 se crea la Fundación IGUALES “tras la decepción que provocó que el mensaje presidencial del 21 de mayo de 2011 de Sebastián

¹³ Ver: MOVILH [En línea]: <http://www.movilh.cl/quienes-somos/historia/> [Consulta: 19/01/14]

¹⁴ Ver: Movimiento por la Diversidad Sexual [en línea]: <http://www.mums.cl/> [Consulta: 20/01/14]

Piñera no incluyera un proyecto para regular la convivencia en pareja -tanto para hétero como homosexual-, una de sus promesas de campaña.”¹⁵ Esta agrupación se ha dedicado hasta la actualidad a intentar lograr la igualdad de derechos entre todas las personas, trabajando hasta el momento en una ley que regule las uniones de hecho.

Continuando con la historia del movimiento homosexual en Chile, hubo un hito que marcó al estado chileno al ser condenado el 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este fue el caso¹⁶ de la jueza Karen Atala, quien perdió la tuición de sus hijas por ser homosexual. Gracias al fallo de esta corte internacional, la jueza Atala recobró la tuición de sus hijas, lo que marcó un precedente en la justicia chilena y abrió a la sociedad chilena al debate en este tema.

Otro hecho clave fue el asesinato del joven de 24 años Daniel Zamudio el año 2012, quien fue golpeado brutalmente por ser homosexual, lo cual

¹⁵ FUNDACIÓN IGUALES. [en línea]: <http://www.iguales.cl/nosotros/> [Consulta: 20/01/14]

¹⁶ Ver: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia pronunciada el 24 de Febrero de 2012. Link para revisar el Texto Completo del fallo en Anexo 1.

causó su muerte.¹⁷ A raíz de este hecho se aprobó la ley 20.609¹⁸ que establece medidas contra la discriminación. La importancia de esta ley es que establece explícitamente que la orientación sexual¹⁹ y la identidad de género son categorías en base a las cuales no se puede establecer una distinción, a no ser que esta sea razonable y objetiva y responda a fines legítimos.

En la actualidad se está tramitando en el Congreso Nacional, el Acuerdo de Vida en Pareja²⁰ (AVP) que busca regular las relaciones de hecho, sean estas heterosexuales u homosexuales, otorgándoles una serie de

¹⁷ Ver: BIOBIO CHILE. Confirman muerte de Daniel Zamudio joven brutalmente agredido por presunto grupo neonazi. 27/03/2012. [en línea]: <http://www.biobiochile.cl/2012/03/27/confirman-muerte-de-joven-daniel-zamudio.shtml> [Consulta: 21/01/14]

¹⁸ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. Ley 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación. 24/07/12

¹⁹ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. Ley 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación. 24/07/12. Artículo 2º.- Definición de discriminación arbitraria. Para 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 cause 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.

²⁰ BOLETÍN 7873-07. [en línea]: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#> [Consulta 21/01/14]

derechos patrimoniales. De aprobarse esta ley, se estarían reconociendo y otorgando los primeros derechos a las parejas homosexuales en Chile.

Clave en estas demandas han sido las marchas que todos los años se han desarrollado en Santiago principalmente, y que se han extendido a otras regiones con el pasar de los años. Recordemos que la primera manifestación se llevó a cabo en 1973 y convocó a 25 homosexuales. La primera manifestación masiva, llamada “la patria gay”, convocada por Acción Gay y el Mums, se realizó en septiembre del 2000 en el centro de Santiago, desde ese entonces se convoca anualmente a celebrar la “marcha del Orgullo gay”. El año 2007 ya había marchas en Talca²¹ y el 2008 estas se llevaban a cabo en Puerto Montt, La Serena y Calama.²² La marcha que se celebró en junio del 2011 fue un hito, ya que tras la creación de la Fundación Iguales ese año, se incorporó a la manifestación un gran número de personalidades políticas y periodísticas, incluyéndose personalidades liberales pertenecientes a la

²¹ ver: MOVILH. Minorías sexuales marchan en Talca por Proyecto de Ley contra la Discriminación. 2007. [en línea]: <http://www.movilh.cl/2007/09/> [Consulta: 20/01/14]

²² Ver: MOVILH. Seis mil almas celebraron “el orgullo 2008” en Chile, con acto que unió a diversas minorías. 29/06/08 [en línea]: <http://www.movilh.cl/seis-mil-almas-celebraron-el-orgullo-2008-en-chile-con-acto-que-unio-a-diversas-minorias/> [Consulta: 20/01/14]

derecha política, quienes marcharon junto a sus familias, lográndose una gran convocatoria de al menos 50 mil personas.²³ El año 2012 se logró reunir a más de 80.000 personas²⁴ marchando por la alameda de la capital exigiendo igualdad de derecho para todos.

²³ Ver: TEJEMEDIOS. [en línea]: <http://www.tejemedios.cl/articulos/personajes-y-tendencias/212-una-bandera-hueca-historia-del-movimiento-homosexual-de-chile> [Consulta: 20/01/14] y CAMBIO 21. Gigantesca movilización en marcha por la igualdad de derechos de los homosexuales. 25/06/11 [en línea]: <http://cambio21.cl/cambio21/site/artic/20110625/pags/20110625180450.html> [Consulta: 20/01/14]

²⁴ Ver: 24 HORAS. 80 mil personas en marcha por la igualdad según el Movilh. 23/07/12. [en línea]: <http://www.24horas.cl/nacional/80-mil-personas-en-marcha-por-la-igualdad-segun-movilh-194822> [Consulta: 20/01/14]

CAPITULO II: DERECHO A LA IGUALDAD

1. Concepto de igualdad

Para adentrarnos en esta investigación, se realizará un estudio del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación. La primera vez que se definió qué se entiende por discriminación en una normativa, fue en el Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958, en este caso se definió la discriminación como “cualquier distinción negativa por la cual se priva a alguien de la igualdad de oportunidades o trato en su trabajo y su ocupación, que se base en cuestiones de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas, origen nacional o social.”²⁵

En Chile, este derecho se encuentra regulado en el N°2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el que señala: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas. N° 2 La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el

²⁵ SHELTON, DINAH. Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos. Pp.20-21

que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”²⁶

Es pertinente realizar este análisis ya que el fundamento básico para regular las relaciones entre personas del mismo sexo es la obligación de tratar de igual forma a las personas sin establecer discriminaciones arbitrarias.

En relación al estudio del contenido del Derecho a la Igualdad consagrado por la Constitución, corresponde determinar en virtud del artículo 20 del Código Civil²⁷ qué señala la Real Academia Española de la lengua (RAE) al respecto. Este organismo define el concepto de igualdad como: “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad.”²⁸ Respecto a la igualdad ante la ley, la Real Academia señala que corresponde al “Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad

²⁶ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución Política de la República.

²⁷ CHILE. Ministerio de Justicia. CÓDIGO CIVIL. Artículo 20: Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

²⁸ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. 2013. [en línea]: www.rae.es [Consulta: 15/05/2013]

para los mismos derechos.”²⁹ Se define en virtud de esta institución, ya que se ha entendido que el sentido natural y obvio de las palabras es aquél que señala la RAE.

a. Concepto para el Tribunal Constitucional

Se acude al concepto de igualdad del Tribunal Constitucional en vista de que el presente trabajo se enmarca en un análisis constitucional de la institución del matrimonio y dicho órgano jurisdiccional es el órgano más adecuado para entregar una definición del derecho a la igualdad ante la ley.

El Tribunal Constitucional chileno, en reiteradas ocasiones, ha dado indicios del significado que se le atribuye al derecho a la igualdad ante la ley. A modo de síntesis, agrupando los aspectos principales pronunciados por el Tribunal, se puede decir que “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. (...) Así, se ha concluido que la

²⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Op.cit.

razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad.”³⁰

Este argumento fue utilizado en el fallo que declara la inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que establecía el abogado de turno, situación que consistía en que los juzgados de letra designarían mensualmente un abogado de turno, quien debía llevar gratuitamente las causas de quienes gozaran de beneficio de pobreza. Esta institución fue derogada ya que era una carga discriminatoria que sólo los abogados debiesen trabajar gratuitamente. Por tanto se consideró como iguales a los “profesionales” independientemente de cual fuera la profesión que ejercieran.

El Tribunal Constitucional ha adoptado la doctrina alemana acerca de las igualdades esenciales y las desigualdades esenciales, señalando que “estamos en presencia de una igualdad esencial cuando personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida son comparables, de lo que, consecuentemente, el tribunal constitucional federal alemán ha decidido que la ley fundamental considera arbitrario, y por ende,

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 1254, Considerando N° 46

inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales”³¹.

Este argumento fue utilizado por el Tribunal Constitucional en el fallo del caso Isapres, donde se declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley de Isapres, relativo a la tabla de factores con la cual se fijarían los precios base de los afiliados. Para formular esta tabla se utilizaban criterios como el sexo y la edad de las personas. El tribunal consideró que establecer un mayor precio base a las mujeres por el simple hecho de ser mujeres era discriminatorio y afectaba la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por Chile.

Siguiendo con lo señalado por el propio Tribunal, para determinar si se infringe el derecho a la igualdad, se debe tener en cuenta tres elementos. Primero, si la diferencia de trato entre las personas que se encuentran en una situación similar es arbitraria. Luego, si la diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla, y, por último, si adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que tuvo a la vista el legislador.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 1710 Considerando N° 100

Últimamente, se ha establecido un nuevo criterio para determinar las lesiones a la igualdad ante la ley. “La denominada <nueva fórmula> consiste en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, (...) para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto.”³²

En cuanto al concepto de discriminación arbitraria, el Tribunal Constitucional, ha acogido la doctrina expuesta por Linares Quintana, quien señala: “La igualdad supone la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 1273, Considerando N° 60

contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo.”³³

El presente argumento fue esgrimido por el Tribunal Constitucional en un caso de inaplicabilidad que buscaba inaplicar el mismo precepto de la ley de Isapres que luego fue declarado inconstitucional. El caso se trataba de una mujer cuyo costo base de la Isapre subió drásticamente una vez que cumplió los 65 años. El tribunal considero que esta era una discriminación arbitraria carente de fundamento objetivo y razonable.

Se ha establecido un test para determinar si un enunciado normativo es arbitrario. “Consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, (...) Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 280, Considerando N° 24

necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma.”³⁴

El Tribunal Constitucional pronunció estas palabras en el fallo 1217 que buscaba inaplicar el artículo 104 de la Ley General de Bancos que establece que será el juez quien establezca el valor mínimo del inmueble que se rematará, a propuesta del banco y sin que procedan recursos, por lo cual el recurrente argumentó que se afectaba el derecho a la bilateralidad de la audiencia. El tribunal rechaza la inaplicabilidad al señalar que el hecho de que se establezca un sistema distinto para quienes tienen deudas hipotecarias, responde a criterios razonables y “fue realizado por el legislador para dar eficacia al sistema de crédito fundado en letras hipotecarias.”³⁵

En otras palabras, la igualdad ante la ley “supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad,

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 1217, Considerando N° 3

³⁵ Ibid. Considerando N° 5

teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.”³⁶

En relación a que la distinción carezca de fundamento razonable, el Tribunal ha señalado que “las diferencias son constitucionalmente admisibles solo cuando obedecen a presupuestos objetivos y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables y cuyo propósito sea perseguir finalidades necesarias y tolerables.”³⁷

El caso que se utilizó para hacer esta observación acerca de la razonabilidad de los fundamentos fue una inaplicabilidad del artículo 277 del Código Procesal Penal, el cual permite solo al Ministerio Público apelar cuando el tribunal en el proceso penal excluye una prueba. El tribunal consideró que no era razonable que solo una de las partes del proceso tuviera la posibilidad de apelar esta situación y eso afectaba el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución.

³⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 1307, Considerandos N° 12 a 14

³⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 1502, Considerando N° 11

2. Síntesis del concepto

A modo de síntesis, se puede decir que la igualdad ante la ley entendida por el tribunal constitucional responde al principio de isonomía, es decir, aplicar leyes iguales a quienes se encuentran en una situación similar y leyes diferentes para quienes se encuentren en una situación distinta. Cabe señalar que la igualdad entre las personas, no requiere ser absoluta, sino que, lo esencial radica en que las situaciones sean comparables, no iguales.

Para que se permita una diferenciación en la regulación aplicable, dicha distinción no debe ser arbitraria, debe tener un fundamento razonable, y debe ser claro que la aplicación diferenciada es el modo necesario e idóneo para alcanzar el fin perseguido. Si no se cumple con dichos presupuestos, la diferenciación infringe directamente el derecho a la igualdad de las personas ante la ley.

3. Justificación de la elección de dicho concepto

El concepto recién expuesto, permite sostener, que las diferencias entre las situaciones deben ser tales, que no sean comparables la una con la otra,

para poder efectivamente establecer una distinción. Con esto quiero decir, que las diferencias que existan en base a las cuales se haga una distinción no pueden recaer en meras creencias morales o religiosas, ya que estas responden a parámetros netamente subjetivos y depende exclusivamente de la religión o creencia que cada quien profese. Para poder hacer una distinción en el trato, esta debe basarse en elementos diferenciadores determinantes.

En cuanto a la regulación de las relaciones entre personas del mismo sexo, se estaría estableciendo como criterio diferenciador la orientación sexual de los contrayentes. Dicha característica, a simple vista, carecería de los presupuestos recién expuestos para que una diferenciación legal sea justificada y acorde a la ley. Esto, en cuanto, los argumentos que se esgrimen para considerar a las parejas homosexuales y heterosexuales como relaciones determinadamente diferentes, responde a argumentos netamente morales o religiosos, y carecen de cualquier justificación jurídica y razonable ni pretenden un fin legítimo.

CAPITULO III: FAMILIA

1. El término familia en la Constitución

En el siguiente apartado realizaré una revisión de lo que establece la actual Constitución Política de la República chilena acerca de la familia. Es esencial estudiar qué señala, ya que como Carta Magna, toda la legislación nacional debe estar acorde a los principios y derechos establecidos en esta. Ahora bien ¿qué se entiende por familia en nuestro ordenamiento constitucional?

Para responder esta interrogante, es necesario revisar en qué situaciones se acude a dicho término. La Carta Fundamental actual, se refiere a familia en tres ocasiones, que a continuación pasaré a revisar.

En primer lugar, lo encontramos en el inciso segundo del artículo 1° de la Constitución, el cual señala: “Artículo 1° inciso segundo.- La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”³⁸

³⁸ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Constitución Política de la República.

Luego en el inciso quinto del mismo artículo se menciona: “Artículo 1º inciso quinto.- Es deber del Estado resguardar la 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.”³⁹

En tercer lugar se hace referencia a la familia en el capítulo tercero de los derechos y deberes constitucionales. El artículo 19º N° 4 señala: “Artículo 19º.- La Constitución asegura a todas las personas: N° 4.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.”⁴⁰

En vista de las tres menciones recién expuestas, podemos percatarnos que no existe un concepto claro y delimitado acerca de qué es familia en el texto constitucional, sin embargo podemos desprender algunos elementos de estos artículos. En primer lugar, podemos determinar que es algo central para nuestra sociedad, es decir, es lo principal de algo⁴¹, por tanto no debiese

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Fundamental: Que sirve de fundamento o es lo principal en algo.

entenderse la sociedad sin la familia. En segundo lugar, se puede identificar que el Estado debe protegerla y promoverla, por tanto la familia es algo considerado como positivo para la sociedad y el Estado debe velar porque existan familias a lo largo del país. En tercer lugar, la honra y la vida privada de las personas también incluye a la familia, es decir, la familia responde a aspectos de la vida privada e intimidad de las personas y por lo tanto la intromisión en la vida privada de una persona, afectara consecuentemente en la vida privada del resto de la familia, también obtenemos entonces que la familia se escaparía del individuo como tal, sino que requeriría otros individuos.

En relación a lo anterior Patricio Zapata Larraín señala que “los preceptos constitucionales que reconozcan derechos o establezcan garantías se interpretarán de la manera más amplia y plena posible.”⁴² En este caso entonces, debiese primar una interpretación amplia del término familia que incluya diversas formas de constituirla por sobre una restringida basada en una institución determinada.

⁴² ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. La interpretación de la Constitución. Revista Chilena de Derecho. Vol. 17. 1990. P. 174.

2. El término familia en la Doctrina Nacional

En vista de que la Constitución no otorga un concepto de familia, recurrimos a la doctrina nacional para intentar determinar qué es familia, y por tanto quienes deben recibir dicha protección y fomento estatal. A continuación se encuentra una serie de conceptos de familia otorgados por diversas personalidades chilenas. Se acude sólo al concepto dado por chilenos, ya que el objetivo de este trabajo es determinar la viabilidad del matrimonio homosexual en nuestro país, y por esto es necesario conocer la visión que tienen los propios nacionales.

Se recurrirá a conceptos otorgados tanto por connotados juristas chilenos, como también por otros actores que se encuentran relacionados con la materia.

a. Conceptos⁴³ planteados por juristas y actores en Derecho Público

⁴³ Los conceptos se encuentran ordenados en estricto orden alfabético.

i. Cea Egaña, Jose Luís

El presente autor define a la familia como: “Tal unión que, un hombre y una mujer ligados en matrimonio, forman con sus hijos.”⁴⁴

Complementando la definición recién expuesta define la institución familia como la "sociedad, natural, necesaria y en cierto sentido perfecta, cuya finalidad primordial es la conveniente propagación y educación de la especie humana, sobre la base de la unión estable de un hombre y una mujer"⁴⁵

ii. Diez Urzúa, Sergio

El miembro de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, (CENC), al momento de participar en la redacción del artículo 1° de la Carta

⁴⁴ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I. segunda edición actualizada. 2008. Stgo de Chile p.173

⁴⁵ Ibid.

Fundamental, señalo respecto a la familia: “La legislación sí debe tender a que marido y mujer vivan juntos, con sus hijos”.⁴⁶

Además señala en un reportaje del diario El Mercurio: “El mandato constitucional dice que el Estado debe propender al fortalecimiento de la familia, y hacia allá debemos orientar nuestros mejores esfuerzos. Hay mucho por hacer para lograr que la familia chilena goce de mejor salud, incentivando el matrimonio, favoreciendo la natalidad, premiando la fidelidad. La familia del futuro se edifica sobre el auténtico acuerdo de vida en común: aquel que celebran el hombre y la mujer que se unen en matrimonio para toda la vida.”⁴⁷

iii. Evans de la Cuadra, Enrique

⁴⁶ DIEZ URZÚA, SERGIO. 1976. Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), SESION 191, 18 de Marzo. P.19

⁴⁷ DIEZ URZÚA, SERGIO. 2010. El futuro de la familia: ¿Cónyuge A + Cónyuge B? El Mercurio, Reportajes, Santiago de Chile, Domingo 4 de Julio.

El miembro de la Comisión Ortúzar, al momento de redactar parte del articulado de la Constitución de 1980, señala: “El fundamento legal de la familia es el matrimonio.”⁴⁸

iv. Figueroa Yañez, Gonzalo

El autor señala que “la referencia que hace nuestra Constitución a <la familia>, y la protección que luego le otorga, debe entenderse hecha tanto a la familia legítima como a la familia ilegítima, esto es, tanto a la que procede del matrimonio de los padres como a la que procede de la simple convivencia.”⁴⁹

Además agrega que “El artículo 20 del Código Civil dispone que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, salvo que el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias en cuyo caso se les dará en éstas su significado legal.”⁵⁰

⁴⁸ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. 1976. Comisión de Estudios para la Nueva Constitución. Sesión 191, 18 de Marzo. p. 12

⁴⁹ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. 1995. Persona, Pareja y Familia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. P.70

⁵⁰ Ibid. Pp. 70-71

“Las disposiciones recordadas, si bien gozan solamente de rango legal, tienen aplicación indudable cuando se trata de interpretar la Constitución. En efecto al usar el constituyente la palabra <familia> el día en que sometió a plebiscito el texto constitucional, y al votarlo afirmativamente la ciudadanía, uno y otra no pudieron entender por <familia> sino lo que se entendía entonces por tal, esto es, dieron a dicha palabra su sentido natural y obvio, según el uso general que tenía esa palabra en Chile el año 1980. No cabe duda que, una pareja que convivía sin casarse en Chile el año 1980 y que tenía descendencia, constituía una “familia natural”.⁵¹

Finalmente concluye que “Al no distinguir la Constitución entre familia legítima e ilegítima, le está prohibiendo al intérprete hacerlo. Debemos concluir, en consecuencia, que nuestra Constitución considera que tanto la familia legítima como la familia ilegítima constituyen el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de una y otra.”⁵²

v. Jiménez Larrain, Fernando

⁵¹ FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. Op. Cit., p.71

⁵² Ibid. P.72

El ex rector de la Universidad Católica de la Santísima Concepción señala en relación a la familia que: “La estricta concepción de familia referida en las bases de la institucionalidad suponen la existencia del matrimonio como expresión contractual, respecto de la cual el Estado tiene el deber de protegerla y propender a su engrandecimiento debiendo cuidar por consiguiente que la legislación en torno de ella se estructure e implique una real y efectiva protección eliminando toda posibilidad legal o social que tienda a debilitarla”⁵³

vi. Jiménez Pérez, Rolando

El Presidente del Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) respecto al concepto de familia, entrega sus propias conclusiones: “La concepción de la familia determinada por un diseño único y no una multiplicidad de éstos produce instantáneamente discriminaciones y exclusiones respecto de otro tipo de estructuras, como las que agrupan sólo a madres y sus hijos/as, a abuelo/as y sus nietos/as, a las parejas que han

⁵³ JIMÉNEZ LARRAÍN, FERNANDO. 1994. El concepto de familia en la Constitución Política de Chile, EN: XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Tomo II, p. 168.

adoptado o que deciden no procrear, o a quienes se han separado, por mencionar sólo algunas. Constando que las composiciones son distintas, es fácil comprender que, en consecuencia, existan múltiples formas de crear y hacer familia y en un país donde cada persona es igual en derechos y deberes, el Estado tiene la obligación de ampararlas a todas.”⁵⁴

vii. Navarro Beltrán, Enrique

El profesor de Derecho Constitucional y ex ministro del Tribunal Constitucional señala en relación al concepto de familia que se encuentra protegido por nuestro ordenamiento: “A través de un análisis hermenéutico de la Ley Fundamental chilena, afirma que la familia que se protege es aquella que descansa en el matrimonio, cuya base es la concurrencia de individuos de sexo distinto, esto es, hombre y mujer”.⁵⁵

viii. Ovalle Quiroz, Jorge

⁵⁴ JIMENEZ, ROLANDO. 2011. Matrimonio entre parejas del mismo sexo, Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile P.67.

⁵⁵ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. 2004. Constitución y Familia. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VIII n°8.

El presente autor, miembro de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), señala que “la familia puede derivar de un solo matrimonio o de matrimonios sucesivos.”⁵⁶

ix. Peña González, Carlos

En relación a los estatutos de filiación, el presente autor defiende la idea de un estatuto filiativo igualitario, argumentando así, acerca de qué tipos de familias se encuentran protegidas por la Constitución. Al respecto el autor señala: “En efecto, para que las premisas de esa argumentación resultaran coherentes y condujesen al resultado que se busca (esto es, legitimar el estatuto filiativo diferenciado) se requeriría que el texto constitucional aludiese a la familia legítima, esto es, a la familia constituida en base al matrimonio válido o, dentro de ciertos límites, putativo. Ahora bien, es manifiesto que el texto constitucional no dice eso.”⁵⁷

⁵⁶ OVALLE QUIROZ, JORGE. 1976. Comisión de Estudios para la Nueva Constitución. Sesión 191, p. 19

⁵⁷ PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS, 1996. ¿Hay razones constitucionales fuertes en favor de un estatuto igualitario? En: Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. P.148

Luego hace referencia al proceso de redacción de la actual Constitución agregando: “En la sesión 191 que celebró la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, se estableció que la fuente de esa norma (inciso 2° del artículo 1° del texto constitucional) era la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la incluye en el artículo 16 N° 3 disponiendo que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, precepto ese que, por cierto, debe entenderse en consonancia con los artículos 2° y 7° de la misma declaración que proscriben toda forma de discriminación, incluida aquella que se efectúa en razón del nacimiento. En el caso del Pacto de San José, debe recordarse, el precepto que establece la igualdad de derechos entre los hijos se encuentra incluido en el mismo artículo que prevé la protección de la familia y es obvio que la familia en cuestión no es la legítima puesto que el pacto ordena no discriminar entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.”⁵⁸

x. Precht Pizarro, Jorge

⁵⁸ PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. Op. Cit., p.148

El profesor de Derecho Administrativo y experto en derecho eclesiástico, señala: “El concepto de familia del artículo 1º de nuestra Constitución es el de la familia matrimonial y en este punto la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil coincide con la concepción humanista cristiana, que invoca el constituyente de 1980.”⁵⁹

xi. Silva Bascuñan, Alejandro

El presente autor, respecto al origen de la regulación que protege a la familia señala: “Si la familia ha tenido y tiene hoy diversos orígenes, indiscutiblemente la fuente primordial de su fundación, de su objetivo y de sus cualidades más características en beneficio de la perfección de sus integrantes, es el matrimonio.

En efecto, sólo a través de la vinculación permanente y estable de los cónyuges propia del matrimonio puede cuidarse en las mejores condiciones la vida del recién nacido y afectuarse la crianza del hijo y su educación y,

⁵⁹ PRECHT PIZARRO, JORGE. 1993. Constitución y Divorcio Vincular, en Revista de Derecho Público. 53 – 54. p. 148.

consecuentemente, permitir que se incorpore más adelante a la actividad social con adecuada preparación.”⁶⁰

“La historia de la gestación de la Ley Fundamental pone de manifiesto, por lo dicho, que intencionalmente no quiso el constituyente prohibir en ella la dictación de una ley de divorcio, aunque se expresó con gran vigor la concordancia en considerar el matrimonio indisoluble, por razones de conveniencia humana y social, la forma más adecuada de constitución de la familia.

Del fundamento que acaba de recordarse deriva que, dentro del espíritu y de la letra de la Constitución, la familia a la que en primer término el ordenamiento jurídico debe proteger y propender a su fortalecimiento es aquella que se basa en el matrimonio indisoluble, debiendo, por lo tanto, discurrirse todos los medios que se encaminen a objetivo tan trascendental.”⁶¹

xii. Soto Kloss, Eduardo

⁶⁰ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. Segunda edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p.36

⁶¹ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. Segunda edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. p.42

El profesor de Derecho Administrativo señala en relación al concepto de familia: “Siendo la familia el fruto de la decisión libre y soberana de un hombre y de una mujer unidos en matrimonio, y cuya unión engendra hijos, es una comunidad anterior al Estado y cuyo conjunto lo configura a este y, en consecuencia, a este (el Estado) solo cabe reconocerla, protegerla y fortalecerla, desde que la familia es el núcleo material que la sustenta y vivifica.”⁶²

b. Conceptos otorgados por Juristas y actores en Derecho

Privado

i. Corral Talciani, Hernán

El presente autor, define a la familia como: “Aquella comunidad de personas que se funda en la unión entre hombre y mujer que se comprometen

⁶² SOTO KLOSS, EDUARDO. 1994. La familia en la Constitución Política, Revista Chilena de Derecho. 21 N° 2. p. 225

pública y jurídicamente a compartir la plenitud de sus vidas y establecer así un hogar adecuado para recibir, criar y educar a los hijos.”⁶³

Profundiza además que “aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hayan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.”⁶⁴

Respecto al tipo de familia que resguarda la Constitución, el autor señala "si el concepto constitucional de familia debe tener un contenido determinado, éste no puede ser otro –a falta de declaración expresa en el texto o en las actas– que la familia fundada en el matrimonio. Otras formas de convivencia podrán ser más o menos admisibles jurídicamente, pero lo que

⁶³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2011. Matrimonio entre parejas del mismo sexo, Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile P.67.

⁶⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 1994. Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia. Ediciones universidad de los andes. Santiago de Chile. P.11-12

la Constitución declara como núcleo fundamental de la sociedad es la familia edificada sobre la base de la unión personal de los cónyuges"⁶⁵.

ii. Del Picó Rubio, Jorge

El presenta autor define la familia “como realidad y como objeto de estudio, es un fenómeno universal, presente en cualquier tipo de sociedad, distinguiendo en sus elementos comunes la unión duradera de un varón, una mujer y sus hijos. Tanto su definición esencial como su justificación social, se basan ineludiblemente en la familia natural, entendida de un modo integral, como un grupo primario de carácter comunitario, constituido materialmente por la residencia común, las relaciones de cooperación y la reproducción, y subjetivamente, por lazos afectivos basados en la sangre y en la alianza, mediante el cual la sociedad realiza algunas funciones esenciales para su supervivencia y, superado este estadio primario de evolución, se erige también como la entidad que realiza aquellas funciones sociales que no pueden ser realizadas por instituciones distintas de la familia, vale decir, el

⁶⁵ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. Op.Cit., Familia y Derecho. P.30

lugar en que se constituyen las relaciones fundamentales decisivas de la persona.”⁶⁶

iii. Gazmuri Riveros, Consuelo

La profesora Gazmuri, hace referencia a la protección que tiene la familia en la Constitución, al respecto señala: “El artículo primero de nuestra carta fundamental declara a la familia núcleo fundamental de la sociedad e impone un deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento. Ningún elemento nos permite concluir que tal protección deba otorgarse únicamente a la familia de iure, es decir, aquella [sic] basada en el matrimonio legalmente celebrado, de carácter indisoluble. Más aun, una interpretación sistemática y finalista de tal norma nos permite concluir que precisamente dicha protección constitucional debe extenderse a la familia de facto. En efecto, el inciso 2° del artículo 5° de la misma carta fundamental, reconoce como limitación de la soberanía nacional el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y declara como deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la

⁶⁶ DEL PICÓ RUBIO, JORGE. 2011. Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. Revista Ius et Praxis, Año 17, (N° 1) p.37

misma Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile. Para el artículo 17 N°2 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1959, por las razones ya señaladas, Chile está sometido es [sic] familia no sólo la pareja unida en matrimonio sino también, la que poseyendo estabilidad no lo está.⁶⁷

iv. López Díaz, Carlos

Acerca de lo que se entiende hoy como familia, el autor señala: “Es un punto delicado pues no siempre el concepto jurídico coincide con el de la realidad, lo cual tiene gran importancia pues la ciencia jurídica debe moverse en el espacio muchas veces estrecho que deja el ser social como realidad y el ser social como aspiración colectiva.

Los amplios alcances del concepto de familia que ya se podrán advertir, son recogidos, a vía de ejemplo, en las numerosas entradas que el Diccionario de la Lengua Española le brinda: 1.- Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2.- Conjunto de ascendientes,

⁶⁷ GAZMURI RIVEROS, CONSUELO. 1996. Uniones de hecho: Algunos antecedentes y problemáticas de la regulación jurídica de sus efectos. En: Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. P.110

descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3.- Hijos o descendencia. 4.- Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común. 5.-Número de criados de alguien, aunque no vivan dentro de su casa. 6.- Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella. 7.- Grupo numeroso de personas.”⁶⁸

“Este concepto es amplísimo y acorde con la época y latitud que se examina. De este modo, en algunos países las uniones de parejas del mismo sexo se adecuan sin problemas con el concepto de familia, pero dentro de parámetros más tradicionales, tenemos la familia nuclear (padres e hijos) como asimismo la extendida (abarcando parientes lejanos, incluso provenientes de relaciones externas).

A vía de ejemplo, en Chile está socialmente aceptado considerar como parte de la familia a los allegados (especialmente en los sectores más populares), al pololo (pareja), e incluso a las mascotas, las que aunque

⁶⁸ LOPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago de Chile, LOM Ediciones. P.81

jurídicamente son objetos de derecho, son tratadas con particular afecto por las familias.”⁶⁹

v. Rosende Alvarez, Hugo

El autor señala que: "la Constitución Política de la República atiende a la familia basada en el matrimonio, según aparece por vía ejemplar en la Sesión N° 191 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, efectuada el 19 de marzo de 1976...".⁷⁰

vi. Somarriva Undurraga, Manuel

El fallecido profesor de Derecho Civil señala: “En un sentido más restringido y general, puede decirse que la familia es el conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, del parentesco o de la adopción.”⁷¹

⁶⁹ LOPEZ DÍAZ, CARLOS. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago de Chile, LOM Ediciones. P.82

⁷⁰ ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO. Algunas consideraciones acerca de los efectos unitarios de la filiación matrimonial y extramatrimonial. Revista de Derecho y Jurisprudencia. RDJ t. XCII, primera parte, p. 1. En: RAMOS PASOS, RENÉ. DERECHO DE FAMILIA TOMO 1. Editorial Jurídica de Chile. quinta edición. Santiago de Chile., año 2005. P.13

⁷¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. 1963. Derecho de Familia. Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Nascimento. p. 10

vii. Tapia Rodríguez, Mauricio

El profesor Tapia, hace mención al concepto actual de la familia, al respecto señala: “La evolución de las costumbres condujo a una progresiva obsolescencia de este modelo único de familia que reconocía el Código Civil. (...) La elevada competitividad del mercado conduce, por lo demás, a postergar la decisión de casarse en beneficio del desarrollo de proyectos profesionales y también a la prescindencia del matrimonio como condición para formar una pareja o tener hijos. Esta relativización del matrimonio también se aprecia en la fragilidad de un elevado número de relaciones conyugales, en el recurso frecuente a la separación y nulidad (y ahora al divorcio), y en la tendencia a reconstruir nuevas relaciones aportando frecuentemente hijos de anteriores relaciones, formando las denominadas familias recompuestas. Finalmente, en una sociedad progresivamente democrática y tolerante tales fenómenos sociológicos coexisten en grados diferentes y con una pluralidad de concepciones morales o religiosas acerca de la familia.”⁷²

⁷² TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. 2008. Del Derecho de Familia hacia un Derecho de Las Familias. EN: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil. Santiago de Chile, Legal Publishing. P.160

“La cuestión que debe destacarse es que las modificaciones legales reemplazaron esa visión unívoca y normativa de la familia del Código Civil, por una regulación que no busca establecer un modelo de relaciones familiares, sino que pretende abrir espacios para diferentes proyectos de vida y convicciones morales. La familia en el derecho moderno, cómo afirmó lúcidamente Jean Carbonnier, pasa a tener un carácter funcional, es un instrumento entregado a cada uno para el desarrollo de su personalidad. En efecto el Derecho Civil en materia de familia dejó de trazar normativamente un modelo de vida y pasó simplemente a preocuparse de remediar los conflictos (patrimoniales y personales) que surgen cuando se frustran los proyectos familiares.”⁷³

viii. Turner Saelzer, Susan

La autora se refiere, en relación a la factibilidad de la regulación de las uniones de hecho, señalando: “En Chile no parecen existir, en mi concepto, objeciones de orden constitucional a la asunción de una política legislativa activa en torno a las uniones de hecho. Una interpretación sistemática y

⁷³ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. Op.Cit., p.161

racional de la voz familia en la Constitución admite que las familias no fundadas en el matrimonio cuenten con un estatuto legal propio.⁷⁴

c. Análisis de los conceptos anteriormente expuestos

De los conceptos recién expuestos podemos concluir que no está claro que es la familia y por tanto, que sujetos deben recibir la protección estatal que garantiza la Constitución. Se puede dividir a la doctrina en dos grandes bloques, en primer lugar un grupo tradicional, que postula que la familia es aquella formada por un matrimonio válidamente celebrado y los hijos que devengan de esa unión, argumentan en base a que la familia siempre fue concebida de esa manera en la antigüedad y por tanto debe seguir siendo vista así, de lo contrario perdería su esencia y se convertiría en otra institución. Por tanto, este bloque postula la inmutabilidad de este concepto y rechaza la inclusión de otros tipos de familia, ya que considera que solamente existe un tipo. Dentro de este bloque se encuentran personalidades como Corral

⁷⁴ TURNER SAELZER, SUSAN. 2008. Uniones de Hecho y su regulación legal. EN: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil. Santiago de Chile, Legal Publishing. P.161

Talciani, Cea Egaña y Soto Kloss. Este pensamiento puede subdividirse además en quienes postulan que la base de la familia es el matrimonio en sí, como es el caso Evans y quienes ponen especial énfasis en los hijos que nazcan producto de la celebración del matrimonio, como es el caso de Soto Kloss.

El segundo grupo de personalidades, podría denominarse como la postura moderna acerca del concepto de familia, ya que son quienes postulan que dicha institución, y por tanto su significado, no es inmutable y debe adecuarse a la evolución que va teniendo la sociedad en sus formas de relacionarse. Este grupo de personas no concibe un único concepto de familia, sino que postula el concepto de familias, que tienen como elemento en común la convivencia y estabilidad. Dentro de este bloque se encuentran personalidades tales como Mauricio Tapia, Consuelo Gazmuri, Gonzalo Figueroa Yañez, entre otros.

El profesor Mauricio Tapia se refiere expresamente a lo obsoleto que está el concebir un concepto único de familia, ya que con los cambios tanto sociales como legales, ya que existe una ley de divorcio hoy en día, es fácil percatarse que pueden formarse distintos tipos de uniones, con o sin hijos, y

pudiendo ser estos comunes o producto de una relación anterior de algún miembro de la pareja.

3. Concepto de familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Una vez resuelto que no hay un concepto claro de familia ni en la Constitución ni en la doctrina nacional, corresponde buscar respuestas en la jurisprudencia nacional, para eso acudiré a lo que ha señalado el Tribunal Constitucional a este respecto, me centraré en este órgano jurisdiccional y no en otro, ya que el Tribunal Constitucional es el encargado de revisar en específico la constitución. “Las sentencias del Tribunal Constitucional lo posicionan como el intérprete final de la Constitución.”⁷⁵

Revisaremos un grupo de jurisprudencia donde se hace referencia a la familia, para intentar determinar si en la jurisprudencia del tribunal se

⁷⁵ SILVA, LUIS ALEJANDRO. La supremacía constitucional: Fundamento y Límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Público UDP. 2012. P. 621

concibe un concepto determinado de familia o si al igual que en los demás casos que hemos revisado, no hay acuerdo en qué se entiende por familia.

a. Fallos que dan indicios del concepto de familia

i. Rol 318 del año 2000

Correspondiente al control de constitucionalidad del proyecto de ley que regula el derecho de visita a los hijos sometidos a tuición de uno de los padres. Dicho proyecto de ley, declarado constitucional por el Tribunal Constitucional se refiere en variadas ocasiones al padre y madre del menor, sin hacer referencia alguna al término cónyuges.

“En caso de que el padre o madre a quien corresponda mantener una relación con el hijo dejase de cumplir.”⁷⁶

“El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor.”⁷⁷

⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 318. Proyecto de ley que regula el derecho de visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres. P.3

⁷⁷ Ibid. p.3

Podemos desprender de los extractos anteriores, pese a que no se hace una mención expresa a dicha institución, que se está haciendo referencia a un concepto amplio de familia, es decir no únicamente centrado en la institución matrimonial, ya que considera tanto dicha unión como la no matrimonial, ya que no hace mención al término cónyuges sino a los términos padre y madre de los menores.

ii. Rol 329 del año 2001

Este caso corresponde al control de constitucionalidad del proyecto que modifica la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. El proyecto es declarado constitucional y en su artículo 1º N° 2 hace referencia al carácter de cónyuge que se debe tener para pedir el derecho de alimentos.

“De los juicios de alimentos que se deben a menores, al cónyuge del alimentante cuando éste lo solicitare conjuntamente con sus hijos menores, o a parientes mayores y menores de edad que los reclamaren conjuntamente,

conocerá el juez de letras de menores del domicilio del alimentante o del alimentario a elección del último.”⁷⁸

De lo anterior se desprende un concepto restringido de familia donde solo cuando el padre y la madre del menor se encuentren casados, podrá el menor conjuntamente con la madre solicitar pensión alimenticia. Por tanto se acota la familia a aquellas creadas por el vínculo matrimonial dejando fuera las uniones de hecho.

iii. Rol 1881 del año 2010

Pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 102⁷⁹ del Código Civil que se refiere al concepto del matrimonio.

En el presente fallo la Ministra Marisol Peña señala que: “el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones

⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 329. Proyecto que modifica la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

⁷⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. CÓDIGO CIVIL. Artículo 102: El 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, procrear y auxiliarse mutuamente.

atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así, la familia constituida por la unión matrimonial estable entre un hombre y una mujer no sólo contribuye al logro de las demás funciones del matrimonio –vivir juntos y auxiliarse mutuamente-, sino que resulta decisiva para la supervivencia y proyección de la sociedad.”⁸⁰ Del extracto anterior se desprende que la ministra considera a la familia como fruto de una unión matrimonial, dejando fuera del concepto de familia las uniones no matrimoniales.

En el mismo fallo, el Ministro Hernán Vodanovic, en el voto disidente señala que “Nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendido en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en una sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas.”⁸¹

⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 1881-10. Considerando N° 3. Voto particular concurrente de la Ministra Marisol Peña.

⁸¹ Ibid. Voto particular disidente del Ministro Hernán Vodanovic. P.72

En este caso queda de manifiesto las discrepancias que existen dentro del Tribunal Constitucional durante un mismo periodo de tiempo, teniendo ambos ministros opiniones diametralmente opuestas, considerando uno un concepto restringido de familia y el otro un concepto claramente amplio o moderno.

iv. Rol 289 del año 1999

El siguiente control de constitucionalidad corresponde al proyecto de ley sobre adopción de menores. En este proyecto se señala que “si la adopción se otorgó conforme a la ley N° 7.613, además deberá prestar su consentimiento las otras personas que señala su artículo 2º, y, en el caso de la adopción simple establecida en la ley N° 18.703, las personas casadas no divorciadas requerirán el consentimiento de su respectivo cónyuge.”

Este proyecto hace mención expresa al matrimonio y cónyuge en relación con la adopción de menores, y considerando además la fecha en que se presentó este proyecto, 1999, se entiende que el Tribunal Constitucional considera un criterio restringido del término familia, relacionado directamente con el matrimonio.

b. Análisis de los fallos anteriormente expuestos

Considerando estos fallos, que fueron utilizados a modo de ejemplo, ya que a lo largo de la trayectoria del Tribunal Constitucional, se ha abordado el tema de la familia en múltiples fallos, podemos concluir que el Tribunal tampoco ha logrado considerar un concepto específico o unívoco acerca de qué se entiende por familia, incluso dentro de los mismos ministros existe una discrepancia de criterios. En ciertas ocasiones el tribunal se ha referido a la familia como producto del matrimonio y los hijos que de ahí devienen, y en otras circunstancias ha incluido a las parejas de hecho estables en el tiempo como una familia propiamente tal.

Debemos tener en consideración que la conformación del Tribunal se hace mediante la designación que hacen distintos órganos, por lo cual, dicho Tribunal tiene un carácter político importante y como tal, cada miembro tiene su propia visión de la sociedad, ya que ahí confluyen personalidades de distintos sectores políticos y por tanto, suelen tener visiones distintas. Por lo tanto tampoco obtendremos un concepto claro de qué sujetos deben ser promovidos y protegidos por el Estado por constituir una familia.

4. Familia y postura respecto al matrimonio en los Tratados Internacionales ratificados por Chile

A continuación se realizará un estudio de los tratados internacionales ratificados por Chile y que hagan mención a alguna idea de familia. Resulta necesario revisar estos tratados, ya que, en virtud del inciso 2º del artículo 5 de la Constitución: “Artículo 5 inciso segundo.- 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.”⁸²

Esto quiere decir que los Tratados Internacionales ratificados por Chile, pasan a ser parte del Derecho Interno chileno. Para este análisis, me centrare específicamente en los enunciados que permitan desprender una idea de familia.

⁸² CHILE. Ministerio Secretaría General de la presidencia. Constitución Política de la República

a. Revisión de los Tratados

i. Declaración Universal de Derechos Humanos⁸³

En el preámbulo de la declaración se menciona: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”⁸⁴ Con esta frase podemos desprender que esta declaración considera a la humanidad en su conjunto como “familia” por tanto, se establece un concepto amplio de lo que se entiende por tal, no restringiendo el término familia al núcleo matrimonial y sus hijos.

A continuación se encuentra el artículo 16 de la Declaración, el cual hace mención al matrimonio señalando: “1. 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

⁸³ Adoptada y proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948

⁸⁴ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Preámbulo.

de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”⁸⁵

El artículo recién citado consagra el derecho de toda persona a contraer matrimonio y fundar una familia poniendo como único requisito el consentimiento de las partes. Por tanto no existe una exigencia particular de heterosexualidad para contraer matrimonio. Sin embargo, se establece como consecuencia del matrimonio la creación de la familia. Por último se señala que tanto el Estado como la sociedad deben otorgar protección a la familia por ser el elemento fundamental de la sociedad. Vinculándolo con el tema que nos convoca del matrimonio homosexual, cabe señalar que en el caso de no permitirse este tipo de uniones, se le estaría privando a un gran número de personas la posibilidad de formar una familia y por tanto quedarían en un nivel inferior al elemento fundamental de la sociedad compuesto por la familia y estarían desprotegidos.

⁸⁵ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Artículo N° 16.

Sin embargo, hay quienes interpretan este artículo de diversa forma, y consideran que el derecho a contraer matrimonio se entiende garantizado para que lo ejerza un hombre con una mujer, y no incluiría por tanto la posibilidad de formar legalmente parejas homosexuales.

ii. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre⁸⁶

El Artículo 6 de esta declaración habla del Derecho a la constitución y a la protección de la familia señalando: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”⁸⁷ Al igual que la declaración universal, se consagra el derecho a toda persona, sin señalar ninguna limitación, a crear una familia, señalando que es el elemento esencial de la sociedad. En este caso, no se restringe la formación de la familia al matrimonio, por tanto se entiende en un sentido amplio el término, desprendiéndose que todos pueden formar una familia, incluyéndose a quienes escapan del parámetro heterosexual.

⁸⁶ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

⁸⁷ DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. Artículo N°6.

iii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁸

El presente pacto establece en su Artículo 23: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. 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.”⁸⁹

Siguiendo la lógica de los tratados previamente revisados se sigue considerando a la familia como el elemento esencial de la sociedad. A diferencia de las anteriores declaraciones se consagra del derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio. Este enunciado, al igual que la Declaración

⁸⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23/03/1976. Ratificación de Chile: 16/09/1969.

⁸⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Artículo N° 23

Universal de Derechos Humanos, ha merecido una serie de interpretaciones ya que hay quienes señalan que el derecho a casarse implica que el hombre con una mujer pueden contraer matrimonio, y hay también quienes señalan que no se restringe a que el matrimonio deba ser entre personas de distinto sexo sino que tanto las mujeres como los hombres pueden casarse, independientemente de si lo hacen con alguien de su mismo sexo o del sexo opuesto. Se establece como límite expreso para contraer matrimonio el libre consentimiento de las partes y la edad estipulada por la legislación de cada país.

iv. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁹⁰

Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el presente pacto en su preámbulo hace referencia a la familia humana señalando: “Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo

⁹⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 03/01/1976. Ratificación de Chile: 16/09/1969.

tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.”⁹¹

Se desprende por tanto que se invoca un concepto de familia amplio que incluye a toda la humanidad, no ciñéndose a la familia como producto de una unión matrimonial.

El artículo 10 del pacto hace referencia a la familia señalando: “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 educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.”⁹² Este artículo además de reiterar que la familia es el elemento fundamental de la sociedad, y que el único límite para contraer matrimonio es el libre consentimiento de las partes, agrega la idea de

⁹¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Preámbulo.

⁹² PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo N° 10.

protección a los hijos, por lo tanto, establece como un elemento importante de la familia la existencia de hijos.

v. Convención sobre los Derechos del Niño.⁹³

Esta convención reitera el preámbulo de las declaraciones antes mencionadas haciendo mención a la familia humana: “Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.”⁹⁴

vi. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).⁹⁵

⁹³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la asamblea General el 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 02/09/1989. Ratificación de Chile: 26/01/1990. Promulgación: 27/09/1990.

⁹⁴ CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Preámbulo.

⁹⁵ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor: 18/07/78. Fecha de ratificación: 08/10/1990. Promulgación: Decreto N° 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 05/01/1991.

La presente convención en su artículo 17 se refiere al derecho a la protección a la familia, señalando: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. 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. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. 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 de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como los nacidos dentro del mismo.”⁹⁶

El rasgo esencial que reviste esta declaración además de reiterar la protección que debe otorgarse a la familia por ser un elemento esencial de la

⁹⁶ PACTO SAN JOSÉ DE COSTA RICA. Artículo N° 17.

sociedad y poner como límite para contraer matrimonio la edad establecida por cada país y el libre consentimiento de los contrayentes, se hace referencia a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, señalando expresamente que se deben reconocer iguales derechos a ambos. De esto se desprende que existe familia tanto si hay matrimonio como si no, considerando a la familia en un sentido amplio.

vii. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.⁹⁷

La presente convención tiene importancia en cuanto entrega en su artículo 4 una definición de “familiares” señalando: “personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo

⁹⁷ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Fecha de entrada en vigor: 01/07/2003. Fecha de ratificación: 24/09/1993. Promulgación: Decreto N° 84, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 08/06/2005.

reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.”⁹⁸

Con este concepto de familiares se deja abierta la posibilidad de familia a otras instituciones o relaciones distintas al matrimonio que puedan ser admitidas por la legislación de cada país. Por tanto, se parte de la base de que el matrimonio constituye familia pero no se excluye la posibilidad de formar familia por otros medios diversos al vínculo matrimonial.

viii. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁹⁹

El preámbulo de esta convención también hace referencia a la familia humana, esgrimiendo: “Los Estados Partes en la presente Convención, a) Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el

⁹⁸ CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIARES. Artículo N° 4.

⁹⁹ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y abierta a la firma el 30 de marzo de 2007. Fecha de entrada en vigor: 03/05/2008. Fecha de ratificación: 03/03/2007 Promulgación: Decreto N° 201, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 17/09/2008

reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado.¹⁰⁰

El artículo 23 de la convención hace referencia a la protección del hogar y de la familia señalando: “Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges.”¹⁰¹

Se reitera en esta convención el derecho a todas las personas en edad de poder hacerlo, a casarse y formar una familia.

Una vez revisados los Tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, podemos percatarnos que tampoco existe un concepto preciso de qué se entiende por familia. Sin embargo, podemos identificar que existe una tendencia marcada a un concepto amplio de familia que incluye

¹⁰⁰ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Preámbulo.

¹⁰¹ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Artículo N° 23.

tanto a quienes han contraído matrimonio como a quienes no, incluyendo incluso a toda la humanidad como parte de una gran familia. Además haciendo referencia al matrimonio, podemos desprender que existe consenso en cuanto a que todas las personas que cumplen con la edad establecida para casarse y tienen pleno consentimiento en hacerlo tienen el derecho a contraer matrimonio. Por tanto, los Tratados Internacionales ratificados por Chile, dejan claramente abierta la puerta a una regulación de matrimonio entre personas del mismo sexo, más aun, para cumplir a cabalidad con lo señalado en los tratados, debiese ser una obligación para los estados permitir este tipo de uniones, para así garantizar a todas las personas el derecho a contraer matrimonio.

b. Análisis de las Convenciones antes expuestas

De lo recién revisado podemos obtener una serie de conclusiones con el fin de determinar cuál es el concepto de familia. En primer lugar, se repite en todas las convenciones en carácter fundamental que reviste la familia. En la mayoría de estas se señala que la familia es el elemento natural y

fundamental de la sociedad. Esto quiere decir, que la familia es inherente a la sociedad y no podría concebirse ésta sin familias.

Un segundo elemento rescatable de las convenciones es la existencia de un derecho que tienen las personas para poder formar una familia. La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a casarse y fundar una familia, haciendo referencia expresa al matrimonio. La Declaración Americana de Derechos Humanos, por otro lado, consagra el derecho de toda persona a constituir una familia y recibir protección. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que se debe asegurar protección a la familia. Con esto quiero decir que, ya que todas las personas tienen el derecho de constituir una familia, esta no puede ceñirse al matrimonio, ya que excluiría a muchas personas que no quieren o no pueden acceder a esta institución.

Un tercer elemento a analizar es el hecho de que en varias de las convenciones recién mencionadas, se habla de la “familia humana”, y de los derechos que son inherentes a esta. Por tanto, podemos concluir que el término familia, internacionalmente es visto de un modo amplio ya que incluso puede agruparse a toda la humanidad como parte de una familia y no

se restringe el concepto a un tipo de familia específico basado en el matrimonio.

5. Conclusión: No hay concepto unívoco

Tras revisar el texto de la Constitución, los conceptos otorgados por la doctrina nacional tanto en el ámbito público como privado, lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las Convenciones Internacionales ratificadas por Chile que se encuentran vigentes, podemos concluir que existe una clara diversidad de interpretaciones acerca de qué se entiende por familia, y por tanto, acerca de qué sujetos debe proteger el Estado para cumplir con el mandato que le entrega la carta fundamental.

De forma comparativa podemos desprender, que pese a que ninguna de las instituciones analizadas contiene un concepto claro, cada una tiene una visión diferente. Podemos concluir que los Tratados Internacionales conciben el término familia de un modo amplio, agrupando incluso a la humanidad entera como parte de una familia. Es decir, al igual que parte de la doctrina nacional y algunos ministros del Tribunal Constitucional, aúnan el concepto

de “familias”, donde una persona puede pertenecer inclusive a más de una. Por ejemplo, si todos pertenecemos a la familia de la humanidad, además podemos ser parte de una familia con las personas que vivimos bajo el mismo techo, o parte de una familia deportiva con los miembros de un equipo de fútbol.

Por otro lado, parte de la doctrina y de los ministros del Tribunal Constitucional señalan expresamente que la familia se reduce al vínculo matrimonial como antiguamente ha sido concebida. Argumentando principalmente en base a un criterio histórico de cómo ha sido la sociedad y señalando que las instituciones no pueden modificarse, ya que perderían su esencia y dejarían de ser tales.

Pese a que la Constitución Política, no señala expresamente una visión acerca de la familia, en ningún momento reduce su protección al ámbito matrimonial, simplemente menciona que debe ser protegida y promovida la familia.

En vista, por tanto, de que la Constitución no entrega un concepto propio de familia, sino que señala que la familia debe protegerse, sin mencionar qué se incluye dentro de esta protección, resulta necesario hacer

un trabajo interpretativo para determinar cuál el sujeto de protección y lograr determinar por tanto si la posibilidad de construir familias homosexuales se encuentra dentro de la esfera constitucional actual.

6. Interpretación del término familia en la Constitución

Una vez llegado a la conclusión de que no existe un concepto unívoco de qué se entiende por familia en la Constitución, corresponde entonces interpretar dicho vocablo para determinar su contenido y límites.

El Código Civil Chileno en sus artículos del 19 al 24 ha establecido una serie de reglas para interpretar los preceptos legales, estos son el elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático. Esta situación resulta bastante inusual en los sistemas latinoamericanos. Jorge Tapia Valdés en 1973 señaló que “Otra característica, de primordial importancia para nuestros efectos, es la de que Chile se presenta como uno de aquellos raros casos cuyos sistemas jurídicos han fijado, legalmente, las reglas de interpretación del derecho (...) El resultado de esta reglamentación para interpretar la ley ha sido la sujeción de los exégetas a un conjunto de elementos que, desde luego,

en la doctrina comparada y contemporánea, han sido tachados como insuficientes para arribar a una correcta interpretación. El predominio del elemento gramatical, especialmente en un país en que los textos constitucionales han cambiado tan lentamente, ha petrificado el resultado de la labor del intérprete.”¹⁰²

Considerando la situación recién expuesta, gran parte de la doctrina actual ha cambiado su forma de entender la Constitución, entendiendo que ésta, a diferencia de las demás leyes de la república, no se interpreta según los artículos 19 al 24 del Código Civil, sino que existen criterios distintos que ayudan a un mejor entendimiento del texto constitucional. Esto radica principalmente en el carácter político que se le atribuye a la Constitución. “Hasta antes de la década de 1920, los preceptos constitucionales debían ser interpretados como cualquier otra norma jurídica, es decir, a través de la interpretación gramatical, sistemática, teleológica e histórica. Ello perduro hasta que los alemanes, y principalmente Smend, afirmaran que los problemas de Derecho Constitucional son predominantemente políticos y no

¹⁰² TAPIA VALDES, JORGE. Hermenéutica constitucional. La interpretación de la constitución en Sudamérica. 1973. Editorial Jurídica de Chile. Pp.130-131

jurídicos, y que la Constitución debe ser objeto de una interpretación flexible.”¹⁰³

En la actualidad, la doctrina ha entendido que la Constitución reviste un carácter distinto a los demás textos legales, principalmente en cuanto a que “A) La mayor parte de sus normas son abiertas e indeterminadas y, por consiguiente, definen marcos amplios de actuación. B) La actividad interpretativa de la Constitución implica observar una serie de principios, directrices y valores del más alto grado de abstracción, que fuerzan al intérprete a tomar decisiones valorativas de las que es inseparable un cierto componente ideológico. C) Los conflictos que debe resolver el intérprete constitucional poseen dimensiones y repercusiones más graves que las comunes a las demás normas.”¹⁰⁴

Por lo cual la doctrina ha esgrimido una serie de criterios, principios y reglas para lograr interpretar de mejor forma la Constitución Política de la República. No existe un método determinado para hacerlo, sin embargo

¹⁰³ CONTRERAS MATUS, PAMELA ANDREA. Interpretación Constitucional: Un régimen especial. Revista Derecho y Humanidades. N°11.2005.p314.

¹⁰⁴ CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.312

existe consenso en cuanto a una serie de principios a aplicar. Entre estos se encuentran:

a. Principios aplicables

i. Principio de Unidad Constitucional:

Este principio considera a la Constitución como un todo armónico y por lo tanto debe interpretarse teniendo siempre en consideración dicho elemento. “El texto constitucional debe ser entendido como un sistema dotado de una unidad de significado en el que cada norma ha de ser interpretada en relación a las demás, de modo que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.”¹⁰⁵ En otras palabras, “La Constitución debe entenderse de modo integral y no como formada por compartimientos estancos. Por lo tanto, el análisis de cada disposición constitucional debe efectuarse tomando en consideración las demás normas contenidas en la Constitución.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.315

¹⁰⁶ RUDZINSKY, JAVIER. Interpretación Constitucional. Buenos Aires. P.7

El Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia Rol 33 del año 1985, sobre el proyecto de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Calificador de Elecciones, comenzó a aplicar dicho principio. En el numeral 19 señala: “La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de tal manera que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella.”¹⁰⁷

ii. Principio de Armonización o concordancia práctica:

Quiere decir que “Cuando dos o más preceptos constitucionales entran en conflicto en la resolución de un caso concreto, debe evitarse la aplicación excluyente de uno en perjuicio de otro.”¹⁰⁸ Rudzinsky señala además que “Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser compatibilizados en la solución de los problemas interpretativos, de manera que cada uno conserve su identidad.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1985. Sentencia Rol 33. Considerando N° 19

¹⁰⁸ CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.315

¹⁰⁹ RUDZINSKY, JAVIER. Op.Cit., p.7

iii. Principio de la corrección funcional:

En base a este principio, “El intérprete debe cuidar de respetar el esquema de estructuras de poder y de distribución de funciones y tareas entre órganos y entes públicos que consagra la Constitución. Se trata, en definitiva, de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado.”¹¹⁰ En otras palabras: “La interpretación que se efectúe no debe interferir en el ámbito de las funciones asignadas por la Constitución a diferentes órganos del Estado. En este sentido, el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagradas por la Constitución.”¹¹¹

iv. Principio de eficacia normativa:

En este principio “La interpretación debe tender a maximizar la eficacia de las normas constitucionales, dando preferencia a los puntos de vista que permitan extraer de ellas consecuencias de aplicación inmediata.”¹¹²

¹¹⁰ CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.315

¹¹¹ RUDZINSKY, JAVIER. Op.Cit., p.8

¹¹² CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.315

En otros términos: “El intérprete debe encauzar su actividad hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido y actualizándolas ante los cambios de la realidad.”¹¹³

v. Principio de la función integradora:

Donde “La constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la sociedad. El intérprete no puede perder de vista en todo conflicto esta función de la Constitución.”¹¹⁴ Por otro lado se señala que “Si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, su interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Como se aprecia, este principio se enmarca dentro de la concepción de la Constitución como una norma política.”¹¹⁵

¹¹³ RUDZINSKY, JAVIER. Op.Cit., p.8

¹¹⁴ CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.315

¹¹⁵ RUDZINSKY, JAVIER. Op.Cit., p.8

vi. Principio de la fuerza normativa de la Constitución:

Donde “Aun cuando la interpretación de la Constitución puede ser muy flexible, hay que partir de que la Constitución es una norma jurídica y no puede por consiguiente perder por vía interpretativa la fuerza normativa, es decir, el valor que como Norma Suprema posee.”¹¹⁶

b. Utilización de los principios enumerados para obtener el sentido del término familia en la Constitución

Una vez enumerados los distintos principios que se deben tener en consideración para realizar una interpretación de la Constitución, corresponde revisar en qué se traduce en la práctica la utilización de estos para poder obtener el contenido de la protección que debe efectuar el Estado a la familia. Hay que tener en consideración que la utilización de estos no es una elección entre uno u el otro, sino que deben considerarse copulativamente todos los principios para lograr una buena interpretación.

¹¹⁶ CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.316

En primer lugar, en virtud del principio de unidad constitucional, debemos tener en consideración que el precepto familia establecido en la Constitución debe estar de acuerdo con el resto de la norma fundamental. Si tomamos en consideración que la Constitución asegura a todas las personas una serie de derechos, y dentro de estos se encuentra la igualdad ante la ley, podemos advertir que todas las personas deben ser consideradas como iguales y tener los mismos derechos, por lo cual, puede desprenderse, que la protección que debe efectuar el Estado para con la familia debe incluir a todas las personas, por lo cual, no puede ceñirse exclusivamente a quienes se encuentran casados, ya que quedaría fuera de esta protección un gran número de personas.

En virtud del segundo principio de armonización o concordancia práctica, podemos advertir que no debe haber contradicciones en el ordenamiento constitucional, ya que no debiese primar un precepto por sobre otro. En este caso, si se ciñese el término familia al núcleo matrimonial, se estaría privilegiando dicha interpretación de un artículo por sobre una serie de otros preceptos establecidos en la Constitución, como es el derecho a la igualdad ante la ley.

En cuanto al tercer principio de interpretación, el de corrección funcional, se debe velar por la separación de los poderes estatales, en este caso, la constitución tiene un defecto de origen por cuanto fue impuesta por un gobierno de facto, por lo cual consideramos no afecta a la separación de poderes el hecho de que distintos órganos interpreten esta norma. Este principio no tiene mayor utilidad práctica en lo que pretendemos interpretar.

El cuarto principio enunciado, corresponde al de la eficacia normativa, se debe maximizar la eficacia de la norma, por tanto debe tenderse a ampliar los ámbitos de protección antes que restringirlos, en este caso, con el término familia debiese ocurrir lo mismo, para otorgarle un nivel de protección a un número mayor de personas.

El principio de la función integradora de la Constitución consiste en unir posturas y lograr consensos, por lo cual al interpretar el término familia de forma amplia, se está abriendo a la posibilidad de que distintas posturas estén incluidas dentro del contenido de este precepto. En el caso de restringir el término, inmediatamente se está excluyendo a un gran número de personas que no están de acuerdo con dicha interpretación.

Finalmente el principio de la fuerza normativa de la Constitución señala que no puede desvirtuarse ésta, ya que efectivamente es una norma jurídica y no puede ser sujeta de interpretaciones tan extensas que anulen su letra. En este caso, dicho principio sirve para advertir que se debe realizar un trabajo interpretativo serio que considere todos los principios recién enunciados.

En base a la interpretación recién realizada, consideramos que el término familia en la Constitución, tras la utilización de todos los principios recién expuestos, deben ser comprendido de una forma amplia que incluya a todos los actores de la sociedad y que no se centre en exclusivamente un grupo privilegiado que tiene la posibilidad de acceder a dicho estamento.

c. Criterios para realizar la interpretación:

Una vez teniendo claros los principios recién expuestos, la doctrina ha incorporado algunos elementos adicionales a los establecidos por el Código Civil, para abarcar de mejor manera la interpretación de la Carta Fundamental. En este caso, a diferencia de los principios antes expuestos,

este análisis puede realizarse indistintamente con un criterio u otro, ya que todos estos pretenden ayudar a que la interpretación que se haga, concluya de mejor forma, los más importantes son:

i. Interpretación progresista:

Este elemento considera que “debido al carácter permanente de la Norma Primera, debe interpretarse de modo flexible, permitiéndole así adaptarse a todos los tiempos y circunstancias; ha de ser interpretada teniendo en cuenta no solamente las condiciones y necesidades al tiempo de su creación, sino que también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de la constitución.”¹¹⁷

En relación a este método de interpretación, podemos desprender que a la vez que la Constitución evoluciona, las instituciones contenidas dentro de ésta también lo hacen. La familia es un claro reflejo de esto, ya que anteriormente la familia era concebida como el núcleo matrimonial compuesto por un hombre y una mujer, y los hijos que nazcan de ellos, además los hijos nacidos fuera del matrimonio, tenían una categoría de hijos

¹¹⁷ CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.316

inferior a los hijos matrimoniales y era inconcebible que un matrimonio pudiera deshacerse y más impensado aun que pudiera alguien volver a casarse. En la actualidad todos los hijos tienen los mismos derechos y las parejas pueden divorciarse y volver a casarse con otras personas, por lo que crean distintas familias, además hay quienes optan por la convivencia sin matrimonio. La Constitución debiese adecuarse a esta evolución social, y como el texto mismo no se ciñe a un tipo de familia en específico, la interpretación que se haga debiese estar acorde a lo que se sucede en la sociedad actualmente.

ii. Método de la razonabilidad:

Este método pretende que la actividad constitucional debe ser razonable. “La ley que cambia el sentido o suprime el derecho cuyo ejercicio pretende reglamentar, incurre en irracionalidad o arbitrariedad. En este sentido los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”¹¹⁸

¹¹⁸ CONTRERAS MATUS, PAMELA. Op.Cit., p.316

En relación a este principio y tomando en consideración que la sociedad y las instituciones evolucionan, es irrazonable sostener que precisamente la institución de la familia, que es de las que más cambios ha tenido a través de los años, deba ser inmutable en cuanto a su protección constitucional. En esta misma dirección, si el texto de la constitución no establece una limitación acerca de qué se entiende por familia, no corresponde que una ley determine su contenido, restringiéndolo.

iii. Método Tópico-Problemático:

Este método corresponde a una técnica de pensamiento problemático. Considerando las siguientes premisas: “Carácter práctico de la interpretación constitucional. Carácter abierto, fragmentario e indeterminado de la Constitución. Preferencia por la discusión de los problemas en virtud de la apertura de las normas constitucionales.”¹¹⁹

En virtud de este criterio de interpretación, se toma en consideración el carácter abierto que tiene la Constitución y por tanto se debe tender al debate por sobre la restricción de los preceptos. En cuanto a la familia, ocurre

¹¹⁹ Ibid. p.317

lo mismo, es más propicio generar un debate en cuanto a qué familias están incluidas en la protección constitucional y no cerrarse a una sola postura, ya que eso iría en contra de la apertura de las normas constitucionales.

iv. Método científico-espiritual:

Este método se basa en la obra de Smend. “para quien la Constitución no puede entenderse solo como un estatuto de la organización, sino como una forma para que los ciudadanos que participan en el Estado.”¹²⁰ Para aplicar este método hay que considerar principalmente el sistema de valores que subyace a la Constitución.

En base a este criterio es más evidente aun la necesidad de interpretar el término familia de modo amplio, ya que busca la participación de la sociedad que estructura los valores que considera esenciales en su norma fundamental. Pese a que esta constitución no responde a un proceso participativo donde la sociedad pudo plasmar sus valores, la interpretación que se haga a esta, si debe intentar plasmar lo que la sociedad en su conjunto

¹²⁰ Ibid. p.317

considere como esencial. Si la Constitución fuese interpretada de forma restrictiva, la familia protegida excluiría a un gran número de ciudadanos.

v. Método hermenéutico-concretizador:

Este método rechaza la idea de voluntad de quien dicta la Constitución, sino que se refiere a que “El sentido de la interpretación es el de encontrar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, creando de modo certeza y previsibilidad jurídica.”¹²¹

En base a este criterio de interpretación, se deja de lado la voluntad de quien dictó la constitución, que en este caso es prácticamente el único argumento que se utilizaba para sostener la interpretación restrictiva del término familia.

d. Síntesis acerca de la interpretación constitucional

Tomando en consideración todo lo recién expuesto, cabe concluir que la Constitución debe ser interpretada de un modo amplio y flexible que se

¹²¹ Ibid. p.318

adapte a la sociedad actual y que permita la armonía de todos los preceptos contenidos en ella. Por tanto, al hacer referencia la Constitución al término familia, se debe interpretar de forma tal que no se vean excluidos de esta categoría un número importante de personas. Además considerando que en la actualidad el número de familias compuesto por un matrimonio heterosexual y sus hijos es muy bajo, por lo tanto debe incluirse los distintos tipos de familia dentro de esta protección a nivel constitucional, lo que incluiría por analogía a las parejas homosexuales.

En cuanto al carácter amplio y flexible que debe darse a esta interpretación, es importante citar a Patricio Zapata Larraín quien señala que “Los preceptos constitucionales que reconozcan derechos o establezcan garantías se interpretarán de la manera más amplia y plena posible, en tanto no se atente contra algún límite expreso, el derecho ajeno o el bien común.”¹²²

¹²² ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. La interpretación de la Constitución. Revista Chilena de Derecho. Vol.17. 1990. P. 174.

CAPITULO IV: MATRIMONIO HOMOSEXUAL

1. Legislación de los países que lo aceptan y regulan

En el presente apartado se realizará un estudio y síntesis de la situación en que se encuentran los países¹²³ que actualmente reconocen de algún modo el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, ya sea mediante una legislación especialmente pronunciada al respecto, o por medio de una actuación del poder judicial, o de alguna otra manera que revisaremos a continuación.

Además haremos una breve reseña evolutiva de los pasos previos a la concreción del matrimonio entre parejas de igual sexo en estos países. Finalmente veremos que sucede con la situación constitucional de los países hispanoparlantes al promover este tipo de iniciativas.

a. Holanda

¹²³ El orden en el que se presentan los países responde a un criterio cronológico, es decir, desde la fecha en que se legalizó el matrimonio homosexual.

Holanda fue el primer país en el mundo en legislar sobre el matrimonio homosexual¹²⁴, convirtiéndose en el precedente a nivel mundial en cuanto al reconocimiento de las uniones homosexuales. La homosexualidad fue legal en este país desde el año 1811¹²⁵. Sus primeras leyes sobre el tema fueron la de Contrato de Vida en Común, del 16 de febrero de 1993, “para la formalización de la convivencia de parejas, heterosexuales y homosexuales, ante notario, pudiendo acordar mediante contrato determinados aspectos de la convivencia, aunque con efectos limitados.”¹²⁶ Luego se dictó la ley de Uniones Civiles el 1 de enero de 1998, “para la inscripción de parejas, heterosexuales y homosexuales, en el Registro Civil, alcanzando un status

¹²⁴ Ver: LEAL, CHRISTIAN. Los 14 países que han aprobado el matrimonio homosexual: 3 de ellos son sudamericanos. BioBio Chile. 18/05/13 [en línea]: <http://www.biobiochile.cl/2013/05/18/los-14-paises-que-han-aprobado-el-matrimonio-homosexual-3-de-ellos-son-sudamericanos.shtml> [consulta: 09/01/14]

¹²⁵ Ver: GÉNERO Y DIVERSIDAD [en línea]: en: www.generoydiversidad.org/estadisticas/situacionlegal.doc p. 24 [Consulta: 09/01/14]

¹²⁶ MARTIN SANCHEZ, MARIA. El derecho Constitucional al matrimonio homosexual en España. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Num.13 enero-junio 2010 [En línea] <http://www.galanet.eu/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%F1a.pdf> p.250 [Consulta 03/01/2014]

jurídico muy similar al del matrimonio en cuanto a efectos jurídicos derivados, salvo en lo que adopción se refiere.”¹²⁷

La implementación del matrimonio homosexual, se realizó a través de una reforma al Código Civil Holandés, con una ley llamada Bill N° 26672¹²⁸ aprobada el 19 de diciembre del 2000, entrando en vigencia el día 1 de Abril de 2001. El artículo modificado fue el 1:30, el cual dispone:

ARTÍCULO 1:30.- “Pueden contraer matrimonio dos personas de distinto o del mismo sexo.”¹²⁹

A partir de esta ley, los matrimonios entre personas del mismo sexo en los países bajos fueron equivalentes a los matrimonios entre personas de distinto sexo, pero solo en cuanto a las relaciones maritales, es decir no se extendió a los derechos en materia de hijos.¹³⁰ Sin embargo, en la actualidad,

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Link para ver el Texto Completo de la Ley, en Anexo 3.

¹²⁹ Artículo traducido. Texto original en neerlandés: "Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht"

¹³⁰ Ley de Apertura del matrimonio. Bill 26672. Artículo N° 30

si existe la adopción por parte de matrimonios homosexuales, lográndose por tanto, una igualdad sustancial entre todo tipo de parejas.¹³¹

Los países bajos se han encargado de fomentar la igualdad entre los homosexuales durante los últimos años. Para esto “fueron uno de los propulsores de una declaración adoptada en marzo de 2011 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre el final de la penalización de la homosexualidad.”¹³²

b. Bélgica

Bélgica fue el segundo país en el mundo en permitir el matrimonio homosexual. Las relaciones entre personas del mismo sexo, comenzaron a ser legales, dejando por tanto de ser un delito el año 1843¹³³. En una primera

¹³¹ Ver: LEAL, CHRISTIAN. Op.Cit. Los 14 países que han aprobado el matrimonio homosexual: 3 de ellos son sudamericanos. Y GÉNERO Y DIVERSIDAD. Op.Cit. p.23.

¹³² Responsables de la libertad. Los derechos humanos en la política exterior. [en línea]: http://www.minbuza.nl/binaries/content/assets/minbuza/es/import/es/el_ministerio/politica_exterior/politica_holandesa_de_derechos_humanos/documento-politico-responsables-de-la-libertad [Consulta: 07/01/2014]

¹³³ Ver: GÉNERO Y DIVERSIDAD. Op.Cit., p.23.

instancia se aprobó el 23 de noviembre de 1998, la posibilidad de realizarse uniones de hecho, independientemente de la orientación sexual de las partes, las que pudieron comenzar a celebrar estas uniones el 1 de enero del año 2000.¹³⁴

En una segunda etapa de otorgamiento de derechos, Bélgica consagró el matrimonio homosexual. Esto se logró a través de una ley¹³⁵ aprobada el 30 de enero de 2003 por el parlamento belga, entrando en vigencia el día 2 de junio del mismo año. Por medio de esta ley se igualan los derechos de las parejas de igual y distinto sexo, salvo en lo referente a la filiación y adopción, donde el hijo nacido sólo tendrá vínculo jurídico con la madre biológica.”¹³⁶

El actual artículo 143 del Código Civil Belga en su primer párrafo señala:

¹³⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. 2007. Regulación Legal de las Uniones Homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia. [en línea]: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/unioneshomosex.pdf> p. 2 [Consulta: 09/01/14]

¹³⁵ Link para ver Texto Completo de la Ley en Anexo 3.

¹³⁶ Entra en vigor el matrimonio homosexual en Bélgica. Periódico El Mundo. 02/06/2003. [en línea]: <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/06/01/sociedad/1054486003.html> [Consulta: 03/01/14]

Artículo 143.- “Dos personas de distinto sexo o del mismo sexo pueden contraer matrimonio.”¹³⁷

En una tercera etapa se otorgaron dos de los derechos que no estaban contemplados en la ley de matrimonio. En primer lugar, un ciudadano Belga no podía casarse con un ciudadano de otro país que no aceptara el matrimonio homosexual,¹³⁸ esta limitación se resolvió el año 2004. En segundo lugar, los matrimonios homosexuales no tenían el derecho a adoptar hijos¹³⁹, esta restricción fue salvada el año 2006, cuando el senado Belga amplió dicha posibilidad.

c. España

¹³⁷ Artículo traducido. Texto original: en neerlandés: Een huwelijk kan worden aangegaan puerta twee personen van verschillend de Van hetzelfde geslacht.

¹³⁸ Ver: GÉNERO Y DIVERSIDAD. Op.Cit.

¹³⁹ Ver: Bélgica autoriza la adopción de niños por parte de parejas homosexuales. Periódico El País. 20/04/06. [en línea]: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2006/04/20/actualidad/1145484005_850215.html [Consulta: 09/01/14] y Ver: Belgium passes gay adoption law. BBC News. 21/04/06. [en línea]: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4929604.stm> [Consulta: 09/01/14]

La evolución en materia de derechos homosexuales en España, se ha desarrollado de forma muy rápida y determinada. “Hace sólo tres décadas, en España, aún se condenaba la homosexualidad y las relaciones homosexuales estaban prohibidas; hace dos, ya estaba despenalizada, y comenzaba a mostrarse en público, aunque sin ningún tipo de reconocimiento; hace tan sólo una, comenzó a permitirse su inscripción en diversos Registros Municipales, y más tarde empezó a regularse legalmente a través de las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas en las que se les reconocían ciertos derechos de pareja.”¹⁴⁰

Al inicio del régimen de Franco fue condenado el hecho de ser homosexual, “violeta”¹⁴¹ o transexual, quienes eran derivados a “centros de trabajos” aislados del resto de la población.¹⁴² Esto se llevó a cabo a través de

¹⁴⁰ MARTIN SANCHEZ, MARIA. 2010. El derecho Constitucional al matrimonio homosexual en España. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Num.13 enero-junio 2010 [En línea]: <http://www.galanet.eu/dossier/fichiers/marco%20jur%EDdico%20Espa%Fla.pdf> [Consulta 03/01/2014] p.252

¹⁴¹ Término utilizado en esa época para hacer referencia a un homosexual

¹⁴² Ver: AMNISTIA INTERNACIONAL. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y el régimen franquista. [en línea]: <http://www.afar2rep.org/documentos/informeai.htm> [Consulta 03/01/2014]

la ley¹⁴³ de Vagos y Maleantes del 15 de Julio de 1954, ley que establecía medidas¹⁴⁴ de seguridad pre delictuales.

Luego de esta normativa en 1970 “fue sustituida por la Ley de Rehabilitación y Peligrosidad Social, que contenía las mismas premisas: la homosexualidad era considerada como delito y los actos afectivos entre dos personas del mismo sexo se consideraban como un escándalo público; aunque esta última ley tenía un enfoque más “humanitario”, pues se contemplaba la sodomía como una enfermedad que había que tratar en centros especializados.”¹⁴⁵

¹⁴³ Link para revisar el texto completo de la ley en Anexo 3.

¹⁴⁴ ESPAÑA. Ley de Vagos y Maleantes. 1954. Artículo N° 6: A los homosexuales, rufianes y proxenetas, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, exploten menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán para que cumplan sucesivamente las siguientes medidas. A) internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales, y en todo caso, con absoluta separación de los demás. B) prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio. C) Sumisión a la vigilancia de los delegados.

¹⁴⁵ VEGA, SILVIA. Evolución del colectivo LGTB en Iberoamérica. [en línea]: http://www.nci.tv/index.php?option=com_content&view=article&id=324:41-anos-de-lucha-del-colectivo-lgtb&catid=27&Itemid=137 [Consulta 03/01/14]

“Los registros municipales supusieron el primer reconocimiento hacia las parejas homosexuales, permitiendo su inscripción de manera oficial, a pesar de que su alcance y efectos jurídicos eran muy limitados.”¹⁴⁶

El primer y más importante reconocimiento a nivel nacional, se llevó a cabo el día 30 de Junio de 2005, fecha en que se aprobó en España el matrimonio homosexual¹⁴⁷, llegándose al punto final de este proceso de reconocimiento el día 3 de Julio de 2005 al entrar en vigencia la ley N° 13¹⁴⁸, que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁴⁹ siendo el primer país en realizarlo sin restricción alguna¹⁵⁰, otorgando los mismos derechos que a las parejas heterosexuales. “La ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En

¹⁴⁶ MARTIN SANCHEZ, MARIA. Op.Cit., p.250

¹⁴⁷ Ver: Spain legalises gay marriage. The Guardian. 30/06/2005. [en línea]: <http://www.theguardian.com/world/2005/jun/30/gayrights.spain> [Consulta 03/01/2014]

¹⁴⁸ ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2005. Ley N° 13: Modificación al Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio. 1 de Julio de 2005

¹⁴⁹ Ver MARTIN SANCHEZ, MARIA. Op.Cit.

¹⁵⁰ Ibid. P.252

consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción.”¹⁵¹

En esta regulación, “las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo.”¹⁵²

Dicha ley¹⁵³ contempla un artículo único con todas las modificaciones pertinentes a la legislación. El principal artículo modificado es el N° 44 del Código Civil, al cual se le añade un segundo párrafo, con la siguiente redacción:

¹⁵¹ ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2005. Ley N° 13: Modificación al Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio. Capítulo II

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ [Link para revisar el texto completo de la Ley, en Anexo 3](#)

Artículo 44.- “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”¹⁵⁴

Como podemos ver, en este caso el reconocimiento del matrimonio homosexual se llevó a cabo a través de una modificación legal, la Constitución Española en cambio, vigente desde el año 1978¹⁵⁵, se mantuvo intacta, ya que en su articulado, pese a tener un apartado especial para el matrimonio, no establecía que éste debiese tener carácter heterosexual, sino que reconoce el derecho del hombre y la mujer a casarse¹⁵⁶, además no establece un concepto específico de familia, únicamente menciona el deber de protección que tiene el Estado para con la familia.¹⁵⁷

d. Canadá

¹⁵⁴ ESPAÑA. Código Civil. Artículo N° 44 inciso 2°

¹⁵⁵ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia. [en línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> [Consulta: 20/07/14]

¹⁵⁶ ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia. Constitución Española. Artículo N° 32: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

¹⁵⁷ Ibid. Artículo N° 39: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la Familia.

Canadá fue el primer país americano en consagrar el matrimonio homosexual, el tercero a nivel mundial. A partir del año 1969 dejó de ser un delito la homosexualidad, pasando ésta a ser legal. El año 1996, la orientación sexual fue agregada como un motivo prohibido de discriminación en la ley de Derechos Humanos de Canadá.¹⁵⁸

El año 2003, luego de un fallo de la Corte Suprema de Ontario que declaró que el concepto de matrimonio era inconstitucional pues afectaba el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución, diversas provincias (8 de 10) canadienses cambiaron sus legislaciones aprobando el matrimonio homosexual¹⁵⁹.

¹⁵⁸ COMMUNITY LEGAL INFORMATION ASSOCIATION OF PRINCE EDWARD ISLAND, INC. 2006. Legal Information for Same Sex Couples. [en línea]: <http://web.archive.org/web/20120311193243/http://www.cliapei.ca/sitefiles/File/publications/Legal-Info-for-Same-Sex-Rel-ships-2010.pdf> [Consulta el 09/01/14] Texto original se encuentra en inglés: Since 1969, homosexuality has not been a crime in Canada. In 1996, sexual orientation was added as a prohibited grounds of discrimination in the Canadian Human Rights Act. The same was done in PEI's Human Rights Act in 1998. In 2005, Canada legalized same sex marriage.

¹⁵⁹ Ver: NOTIESE. 2005. Canadá, tercer país en el mundo en aprobar el matrimonio gay. 28/06/2005. [en línea]: http://www.notiese.org/notiese.php?ctn_id=1872 [Consulta el 09/01/]

Sin embargo, a nivel nacional, fue el proyecto de ley C-38¹⁶⁰ aprobado el 28 de Junio de 2005¹⁶¹ el que consagró el derecho a contraer matrimonio de todas las parejas. Esta ley contempla ciertos aspectos de la capacidad legal para contraer matrimonio civil, señalando:

“Matrimonio, para fines civiles, es la unión legal de dos personas a la exclusión de todos los demás.”¹⁶²

La ley otorgó los mismos derechos que tenían las parejas heterosexuales a las parejas homosexuales, incluida la adopción de hijos y derechos hereditarios.¹⁶³

e. Sudáfrica

¹⁶⁰ Link para revisar el texto entero de la Ley en Anexo 3.

¹⁶¹ Ver: NOTIESE. Op.Cit.

¹⁶² Artículo traducido. Texto original en francés: Que, dans l'esprit de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des valeurs de tolérance, de respect et d'égalité, la législation devrait reconnaître aux couples de même sexe la possibilité de se marier civilement, Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte: Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne.

¹⁶³ Ver: COMMUNITY LEGAL INFORMATION ASSOCIATION OF PRINCE EDWARD ISLAND, INC. Op.Cit. El texto original se encuentra en inglés: The guidelines for same sex couple adoption are the same as those for a heterosexual couple.

Sudáfrica fue el primer país africano en aprobar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, el cuarto país a nivel mundial. Durante la época del Apartheid, la homosexualidad era considerada un delito. En 1998 se dispuso legalmente que no es un delito que una persona tenga sexo con alguien de su mismo género.¹⁶⁴

El día 9 de septiembre del año 2002, el Tribunal Constitucional sudafricano aprobó que las parejas del mismo sexo puedan adoptar en común a niños, “La decisión del tribunal hecha pública el lunes citó que las personas en relaciones permanentes con personas del mismo sexo podrán proporcionar a niños un hogar estable y la ayuda y el afecto necesario. El Tribunal Constitucional, de esta forma, encontró que la disposición constitucional contra la discriminación basándose en la orientación sexual tiene más peso

¹⁶⁴ MATEOS VEGA, MÓNICA. 2008. La comunidad gay lidera la batalla por la igualdad en la Sudáfrica democrática. La Jornada. 09/08/08. [en línea]: <http://www.jornada.unam.mx/2008/08/09/index.php?section=cultura&article=a04n1cul> [Consulta 09/01/14]

que las disposiciones del Acta de Cuidados de los Niños que prohíbe a las parejas gay y lesbianas adoptar a niños.”¹⁶⁵

Este hecho fue histórico, ya que en los demás países donde se aprobó la adopción por parte de homosexuales, previamente se había consagrado el derecho al matrimonio entre parejas de igual sexo.

Fue en diciembre del año 2005 cuando el tribunal constitucional sudafricano dictaminó que la ley nacional sobre Matrimonio de Sudáfrica era inconstitucional, por discriminar en base a la orientación sexual, por lo cual se le dio al parlamento un plazo de un año para modificarla, de lo contrario, la ley se modificaría automáticamente para incluir a los homosexuales. Dicha ley fue enmendada de modo que las parejas del mismo sexo pudieron acceder a la Ley Nacional sobre Matrimonio. Finalmente se legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo el 30 de Noviembre de 2006.¹⁶⁶

¹⁶⁵ AFROL NEWS. 2002. Las parejas homosexuales sudafricanas alcanzan la igualdad de derechos. Rebelión África. 11/09/2002. [en línea]: <http://www.rebellion.org/hemeroteca/africa/sudafrica170902.htm> [Consulta: 20/07/14]

¹⁶⁶ Ibid.

Dicha ley¹⁶⁷ señala en su artículo 1:

ARTÍCULO 1.- “se entenderá por unión civil la unión voluntaria de dos personas adultas del mismo sexo.”¹⁶⁸

f. Noruega

Noruega es el sexto país a nivel mundial en legislar a favor del matrimonio entre parejas del mismo sexo. La homosexualidad comienza a ser legal el año 1972¹⁶⁹ y, en el año 1993 se creó una ley que autorizó el registro de parejas homosexuales.¹⁷⁰

El día 11 de Junio de 2008 se presentó el proyecto de ley de modificación de la ley de matrimonio. La ley 53/2008¹⁷¹ fue aprobada el 17

¹⁶⁷ Link para revisar el Texto completo de la Ley en Anexo 3

¹⁶⁸ Artículo traducido. Texto original en inglés: civil partnership: "the voluntary union of two adult persons of the same sex".

¹⁶⁹ GÉNERO Y DIVERSIDAD. Op.Cit., p.22

¹⁷⁰ PÚBLICO. Noruega aprueba el matrimonio homosexual. Público.es. 17/06/2008. [en línea]: <http://www.publico.es/actualidad/127056/noruega-aprueba-el-matrimonio-homosexual> [Consulta 09/01/14]

¹⁷¹ Link para revisar el texto completo de la Ley en Anexo 3.

de Junio. Dentro de las pertinentes modificaciones, el nuevo artículo número 1 de la ley de matrimonio quedó establecido de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1.- “Dos personas del sexo opuesto o del mismo sexo se pueden casar.”¹⁷²

La nueva ley otorga los mismos derechos tanto para las parejas heterosexuales y homosexuales, incluida la adopción. Además las parejas de mujeres podrán utilizar técnicas de inseminación artificial con fondos públicos, para tener hijos. Las parejas que se encontraban registradas como uniones civiles homosexuales pasaron automáticamente a convertirse en matrimonios.¹⁷³

Además esta ley permite que los matrimonios homosexuales sean realizados por la iglesia luterana de Noruega, de carácter estatal. Queda a

¹⁷² Artículo traducido. Texto original en noruego: To personer av motsatt eller samme kjønn kan inngå ekteskap.

¹⁷³ PÚBLICO. Noruega aprueba el matrimonio homosexual. Op.Cit.

discreción de cada circunscripción eclesiástica la opción de celebrar o no los matrimonios entre homosexuales.¹⁷⁴

g. Suecia

Suecia es el séptimo país en el mundo en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo. La homosexualidad en Suecia, se encuentra legalizada desde 1995, cuando las parejas del mismo sexo tuvieron el derecho a registrar sus uniones¹⁷⁵. A partir del año 2002, las uniones homosexuales tuvieron la posibilidad de adoptar hijos.¹⁷⁶

La ley 260¹⁷⁷ del año 2009 deroga la ley 1117 del año 1994, una de las leyes más antiguas a nivel mundial que regulaba las uniones de hecho. El 1

¹⁷⁴ Noruega abre la puerta al matrimonio gay por la iglesia. 2008. El País. 12/06/08 [en línea]: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/06/12/actualidad/1213221613_850215.html [Consulta: 09/01/14]

¹⁷⁵ GÉNERO Y DIVERSIDAD. Op.Cit., p.47

¹⁷⁶ BBC. Sweden allows same-sex marriage. BBC NEWS. 02/04/09. [en línea]: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7978495.stm> [Consulta: 09/01/14] Texto original en inglés: Sweden was one of the first countries to give gay couples legal "partnership" rights, in the mid-1990s, and allowed them to adopt children from 2002.

¹⁷⁷ Link para revisar el texto completo de la Ley en Anexo 3

de Abril de 2009 entra en vigencia esta nueva ley que suprime el sistema de registro al que estaban sujetas las parejas de hecho, instaurando ahora la institución del matrimonio con iguales efectos tanto para parejas heterosexuales como homosexuales.¹⁷⁸

El principal articulado de esta ley señala:

ARTÍCULO 1.- “Las parejas registradas dentro de los límites establecidos por la ley, expirarán a finales de abril de 2009.”¹⁷⁹

Al igual que en Noruega, las parejas homosexuales podrán celebrar el matrimonio ya sea civilmente o por la iglesia, pudiendo optar las autoridades religiosas, si desean o no realizarlos.¹⁸⁰

¹⁷⁸ EL PAÍS. Suecia legaliza el matrimonio gay. 02/04/09. [en línea]: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/04/02/actualidad/1238623213_850215.html [Consulta: 09/01/14]

¹⁷⁹ Artículo traducido. Texto original en sueco: om registrerat partnerskap ska, med de begränsningar som följer av denna lag, upphöra att gälla vid utgången av april 2009.

¹⁸⁰ BBC. Sweden allows same-sex marriage. Op.Cit. Texto original en ingles: The new law lets homosexuals wed in either a civil or religious ceremony, though individual churches can opt out.

h. Portugal

Portugal es el octavo país en el mundo en regular el matrimonio homosexual. El año 1983 se legaliza la homosexualidad en este país y luego el año 2001 se aprueban las uniones de hecho¹⁸¹. La ley¹⁸² N° 9 del año 2010, permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en Portugal. Fue publicada en el diario de la República el día 31 de mayo de 2010, entrando en vigencia el día 5 de junio del mismo año.

La ley menciona que la Asamblea de la República, en conformidad con el párrafo c) del artículo 161 de la Constitución decreta una serie de artículos, los que resultan atinentes al tema en cuestión son los siguientes:

ARTÍCULO 1.- Tema. Esta ley permite el matrimonio civil entre personas del mismo sexo.

ARTÍCULO 2.- Las enmiendas al matrimonio. Los artículos 1577 °, 1591 ° y 1690 del Código Civil se sustituyen por el texto siguiente:

¹⁸¹ GÉNERO Y DIVERSIDAD. Op. Cit. p.47

¹⁸² Link para revisar el texto completo de la Ley en Anexo 3

Artículo 1577 ° [...] El matrimonio es un contrato entre dos personas que tengan la intención de formar una familia mediante la plena comunión de vida, de conformidad con las disposiciones de este Código.

ARTÍCULO 3.- Adopción.

1. Las modificaciones introducidas por la presente ley no implican admisibilidad legal de la adopción, en cualquiera de sus formas, a las personas casadas con cónyuges del mismo sexo.

ARTÍCULO 5.- Disposición final. Todas las leyes relativas al matrimonio y sus efectos deben ser interpretados a la luz de esta ley, con independencia del sexo de los cónyuges, sin perjuicio del artículo 3 de ésta ley.¹⁸³

¹⁸³ Artículo traducido. Texto original en portugués: Artigo 1º Objecto. A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Artigo 2º Alterações ao regime do casamento. Os artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção: «Artigo 1577º [...] Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código. Artigo 3º. Adopção. 1— As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2 — Nenhuma disposição legal em matéria de adopção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior. Artigo 5º. Disposição final. Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no artigo 3º.

Pese a que el texto original no contempló la posibilidad de adopción por parte de las parejas homosexuales, cabe señalar que el 17 de mayo de 2013 se aprobó dicha posibilidad de forma limitada, para los casos en que el menor sea hijo de alguno de los cónyuges. En este caso, el otro cónyuge tiene la opción de adoptarlo.¹⁸⁴

i. Islandia

Islandia es el noveno país a nivel mundial en consagrar el derecho a casarse entre homosexuales. A partir del año 1940 la homosexualidad dejó de estar penada, convirtiéndose en uno de los primeros países en legalizar la homosexualidad. En 1996 Islandia fue el cuarto país en el mundo en regular las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo.¹⁸⁵ El 2006 se reconoció el derecho a la adopción conjunta y la inseminación artificial con

¹⁸⁴ PÚBLICO. Portugal aprueba la adopción limitada para parejas homosexuales. Público.es. 17/05/12. [en línea]: <http://www.publico.es/internacional/455557/portugal-aprueba-la-adopcion-limitada-para-parejas-homosexuales> [Consulta: 20/07/14]

¹⁸⁵ GÉNERO Y DIVERSIDAD. Op.Cit. 09/01/14) p.21

el requisito de que las parejas tuvieran una relación estable de al menos cinco años.¹⁸⁶

El día 11 de junio de 2010 se aprueba en Islandia el matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁸⁷, convirtiéndose así en el noveno país en el mundo en aprobarlo. La ley N° 65 del año 2010 regula esta materia, entrando en vigencia el 27 de junio del mismo año.

Esta ley¹⁸⁸ contempla una serie de modificaciones a diversos cuerpos legales, ya que además de modificar la ley de matrimonio, revoca el sistema de registro que permitía hasta ese momento regular las uniones de hecho. Por tanto, la ley N° 65 se encarga de derogar todas las menciones que había en el ordenamiento jurídico de Islandia del registro de parejas y además sustituye los términos hombre y mujer o alguno similar por términos que permitan la inclusión de parejas de igual sexo.

¹⁸⁶ AMNISTIA INTERNACIONAL. Adopción de niños por parte de parejas homosexuales en el mundo. 10/09/09. [en línea]: <http://amnistia.me/group/lgbt/forum/topics/adopcion-de-ninos-por-parte-de> [Consulta: 09/01/14]

¹⁸⁷ EL PAÍS. Islandia aprueba el matrimonio homosexual. 11/06/10. [en línea]: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/06/11/actualidad/1276207208_850215.html [Consulta: 09/01/]

¹⁸⁸ Link para revisar el Texto Completo de la Ley en Anexo 3

Los artículos más relevantes de la presente ley señalan:

CAPÍTULO I.

“Modificación a la ley de matrimonio número 31 del año 1993. La que queda modificada de la siguiente manera.

ARTÍCULO 1.- Las palabras hombre y mujer que aparecen en el primer Artículo son sustituidas por los términos: dos individuos.

ARTÍCULO 2.-La primera frase del artículo 7 quedará redactado de la siguiente manera: “Dos personas podrán contraer matrimonio cuando hayan cumplido los 18 años de edad.”

ARTÍCULO 54.- Esta Ley entrará en vigor el 27 de Junio de 2010. A la entrada en vigor de la presente Ley, la ley sobre parejas registradas, no. 87/1996, queda derogada.¹⁸⁹

j. **Argentina**

¹⁸⁹ Artículo traducido. Texto original en islandés: I. KAFLI Breyting á hjúskaparlögum, nr. 31/1993, með síðari breytingum. 1. gr. Í stað orðanna „karls og konu“ í 1. gr. laganna kemur: tveggja einstaklinga. 2. gr. 1. másl. 7. gr. laganna orðast svo: Tveir einstaklingar mega stofna til hjúskapar þegar þeir hafa náð 18 ára aldri. XXVIII. KAFLI Gildistaka og brottfall laga. 54. gr. Lög þessi öðlast gildi 27. júní 2010. Við gildistöku laga þessara falla brott [lög um staðfesta samvist, nr. 87/1996](#), með síðari breytingum. *Samþykkt á Alþingi 11. júní 2010.*

Argentina se convirtió en el primer país sudamericano en aprobar el matrimonio homosexual.¹⁹⁰ Previo a esto, en la provincia de Buenos Aires, el año 2003, se reguló a través de la ley N° 1003, las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, formalizándose los primeros vínculos homosexuales en América Latina. Esta unión civil “permite a los unientes - no se los llama contrayentes, como se denomina a quienes contraen matrimonio- gozar del derecho de incorporar a la pareja a la obra social, recibir una pensión, solicitar vacaciones en el mismo período, pedir créditos bancarios conjuntos y obtener licencias en caso de enfermedad del concubino.”¹⁹¹ Se exigía un mínimo de dos años de convivencia para poder acceder a este tipo de unión.¹⁹²

El matrimonio homosexual fue votado por la cámara alta en julio del 2010, ley a nivel estatal que permite que parejas del mismo sexo puedan

¹⁹⁰ VALLEJOS, SOLEDAD. El derecho a la igualdad llegó al matrimonio. Página 12. 15/07/10. [en línea] en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-149544-2010-07-15.html> [Consulta: 10/01/14]

¹⁹¹ ROCHA, LAURA. Quedaron conformadas las primeras uniones civiles. Diario La Nación. 19/07/03. [en línea]: <http://www.lanacion.com.ar/512590-quedaron-conformadas-las-primeras-union-civiles> [Consulta: 10/01/14]

¹⁹² Ibid.

contraer matrimonio de forma legal en todo el país.¹⁹³ El mismo año se dicta el decreto N° 1054 que promulga con fecha 21 de Julio la ley N° 26.618¹⁹⁴, la cual modifica el Código Civil Argentino. Dicha legislación reforma varios aspectos de la institución del Matrimonio Civil en la República Argentina, reemplazándose los términos "hombre y mujer" por "contrayentes" y sus demás adecuaciones. Esta ley otorga los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales a los homosexuales, incluido el derecho de adopción, herencia y beneficios sociales.¹⁹⁵

Las principales modificaciones de esta ley, corresponden al artículo 2 de la ley N° 26.618, que sustituye el artículo 172 del Código Civil, el que queda redactado de la siguiente forma:

¹⁹³ VEGA, SILVIA. Evolución del colectivo LGTB en Iberoamérica. El Portal (L) Voz. 05/08/10. [en línea]: http://www.nci.tv/index.php?option=com_content&view=article&id=324:41-anos-de-lucha-del-colectivo-lgtb&catid=27&Itemid=137 [Consulta 03/01/]

¹⁹⁴ Link para revisar el texto completo de la ley en Anexo 3

¹⁹⁵ AQUILEANA. Derecho: Ley de Matrimonio Gay en Argentina. 07/15/10. [en línea]: <http://aquileana.wordpress.com/2010/07/15/derecho-ley-de-matrimonio-gay-en-argentina/> [Consulta 10/01/14]

ARTÍCULO 2.- “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”¹⁹⁶

Otra modificación importante que propuso esta ley fue su artículo 42, correspondiente a la aplicación de ésta ley. Dicho artículo señala:

ARTÍCULO 42.- “Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS personas del mismo sexo como al constituido por DOS personas de distinto sexo.

Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones.

¹⁹⁶ ARGENTINA. Ley 26.618. Artículo N°2. 2010

Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS personas de distinto sexo.”¹⁹⁷

Podemos advertir que en este caso solo se realiza una reforma al Código Civil Argentino, sin existir modificaciones a nivel constitucional. La norma suprema argentina, cuya última modificación se realizó el año 1994, no hace referencia al matrimonio y en relación a la familia, establece un deber de protección del Estado¹⁹⁸, pero no define qué se entiende por familia, por lo cual, se encuentra completamente acorde a este modificado Código Civil.

¹⁹⁷ ARGENTINA. Ley 16.618. Artículo N° 42. 2010

¹⁹⁸ ARGENTINA. Constitución Política. Artículo N° 14 bis inciso tercero: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

k. Dinamarca

Dinamarca es el décimo primer país a nivel mundial en aprobar el matrimonio homosexual y fue el primero en regular las uniones civiles entre parejas homosexuales el año 1989. Dicha unión contemplaba los mismos derechos y obligaciones que los de las parejas heterosexuales casadas, sin incluir el derecho a la adopción conjunta ni podía celebrarse esta unión de forma religiosa.¹⁹⁹

En 1997 la iglesia Luterana de Dinamarca comenzó a realizar una ceremonia para bendecir estas uniones, sin embargo no era igual que la ceremonia del matrimonio ni entraba en los registros de la iglesia.²⁰⁰ La

¹⁹⁹ RULE, SHEILA. Rights for Gay Couples in Denmark. The New York Times. 02/10/1989. [en línea]: <http://www.nytimes.com/1989/10/02/world/rights-for-gay-couples-in-denmark.html> [Consulta: 10/01/14] Texto original en inglés: In what gay rights advocates hailed as the first unions of their kind in the world, six homosexual couples were legally joined today in "registered partnerships" that gave them most rights of married heterosexuals, but not the right to adopt or obtain joint custody of a child.

²⁰⁰ CLARÍN. Dinamarca: Aprueban el matrimonio gay en las iglesias. Diario El Clarín. 07/06/12[en línea]: http://www.clarin.com/mundo/Dinamarca-aprueban-matrimonio-gay-iglesias_0_714528735.html [Consulta: 20/07/14]

adopción es concedida a las parejas que registran uniones civiles, sean estas heterosexuales u homosexuales en marzo del año 2009.²⁰¹

El día 7 de Junio de 2012 se aprueba la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, es interesante destacar que se puede contraer matrimonio mediante la legislación civil o a través de la Iglesia de Dinamarca. La ley que permite el matrimonio religioso entre personas de igual sexo señala que los sacerdotes no están obligados a celebrar estos matrimonios y por tanto pueden negarse²⁰². El texto de la ley señala:

“Un sacerdote puede retener la bendición de la iglesia de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo.”²⁰³

²⁰¹ PINK NEWS. Denmark parliament approves equal adoption rights. 18/03/09. [en línea]: <http://www.pinknews.co.uk/2009/03/18/denmark-parliament-approves-equal-adoption-rights/> [Consulta: 10/01/14] Texto original en inglés: The Copenhagen Post reports that the proposal, from Civil Centre Party founder Simon Emil Ammitzbøll, grants partners registered in civil unions the right to adopt unrelated children both domestically and internationally. Currently, gays and lesbians can adopt individually in the country and couples can adopt their partner's existing children. The bill will grant same-sex couples the right to adopt jointly, in line with straight married couples.

²⁰² AMBIENTE G. Dinamarca aprueba los matrimonios religiosos. 08/06/12. [en línea]: <http://www.ambiente.com/glb-en-el-mundo/dinamarca-aprueba-los-matrimonios-religiosos> [Consulta: 10/01/14]

²⁰³ Texto traducido. Artículo original en danés: En præst kan undlade at meddele kirkelig velsignelse af et ægteskab mellem to personer af samme køn.

En cuanto a la legislación civil, el principal artículo de la ley²⁰⁴ señala:

“La ley se aplica al matrimonio entre dos personas de distinto sexo y entre dos personas del mismo sexo. Las disposiciones de la legislación danesa que prevean un régimen especial para una de las partes a un matrimonio determinado por el sexo, no se aplican al matrimonio entre dos personas del mismo sexo.”²⁰⁵

1. República Oriental de Uruguay

Uruguay es el segundo país en Latinoamérica en legislar a favor del matrimonio homosexual. Desde el año 2008, a través de la ley N° 18.246 sobre la Unión Concubina, se regula la convivencia de parejas, sean estas de distinto o igual sexo, teniendo como requisito una convivencia de al menos 5

²⁰⁴ Link para revisar el Texto Completo de la Ley en Anexo 3

²⁰⁵ Texto traducido. Artículo original en danés: 1. Loven finder anvendelse på ægteskab mellem to personer af forskelligt køn og mellem to personer af samme køn. Stk. 2. Bestemmelser i dansk lovgivning, der indeholder særlige regler om den ene part i et ægteskab bestemt ved dennes køn, finder ikke anvendelse på ægteskab mellem to personer af samme køn.

años. Esta ley otorgaba derecho de seguridad social similares a los otorgados por el matrimonio.²⁰⁶

El año 2009 se modificó el Código de la niñez y la adolescencia con la ley N° 18.590, donde se incluyó el derecho de adopción para las parejas concubinas, convirtiéndose en el primer país sudamericano en autorizar la adopción entre parejas homosexuales.²⁰⁷

El matrimonio igualitario en Uruguay fue aprobado el día 10 de abril de 2013 por la Cámara de Diputados de dicho país, ya había sido aprobado el proyecto previamente por el senado. Con fecha 3 de mayo de 2013, el proyecto ya aprobado fue firmado por el Presidente de la República, publicándose la ley N° 19.075 el día 9 de mayo de 2013. Según la legislación

²⁰⁶ URUGUAY. Ley 18.246 Artículo 2°. (Caracteres).- A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí.

²⁰⁷ URUGUAY. Ley 18.590 Artículo N° 139. (Adopción del hijo del cónyuge o concubino).- Se permitirá la adopción por parte del nuevo cónyuge o concubino del padre o madre del hijo habido dentro del matrimonio o habido fuera del matrimonio reconocido del otro cónyuge o concubino, siempre que el niño, niña o adolescente haya perdido todo vínculo con el otro progenitor. En este caso, quien ejerce la patria potestad sobre el niño, niña o adolescente adoptado por su pareja, continuará en su ejercicio

uruguaya, la entrada en vigencia corresponderá a 90 días desde la publicación de la ley, por tanto el día 9 de agosto de 2013, entró en vigencia el matrimonio para personas de igual sexo.²⁰⁸

La presente ley, al igual que la mayoría de los países que permiten este tipo de matrimonio, consiste en una serie de modificaciones que se le hacen al Código Civil respectivo en materia de matrimonio sustituyéndose los términos marido y mujer u alguna denominación similar, por el término cónyuges.

El principal artículo de esta ley señala:

ARTÍCULO 1.- “Sustitúyase el artículo 83 del Código Civil, por el siguiente:

ARTÍCULO 83.- El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo.”²⁰⁹

²⁰⁸ FRANCO, IVÁN. Uruguay valida la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo. Diario El País. 11/04/13. [en línea]: http://internacional.elpais.com/internacional/2013/04/11/actualidad/1365633649_404726.html [Consulta: 10/01/14]

²⁰⁹ Link para revisar el Texto Completo de la Ley en Anexo 3

Al igual que en los casos previamente citados, la modificación que se hizo en este caso, consistió exclusivamente en un cambio en el Código Civil del país, sin percibir modificaciones la Constitución, la cual hace referencia al matrimonio en una ocasión señalando que los padres de hijos nacidos fuera del matrimonio tienen los mismos deberes para con ellos que los nacidos dentro de éste.²¹⁰ En relación a la familia, la Constitución señala que ésta es la base de la sociedad y por tal debe ser protegida por el Estado²¹¹, pero no entrega un concepto claro de qué es familia, por lo cual las modificaciones legales que se hacen para permitir el matrimonio homosexual, están acordes con la Constitución.

m. Nueva Zelanda

Nueva Zelanda fue el primer país de Asia Pacífico en legislar sobre el matrimonio igualitario. La homosexualidad es legal en este país desde el año

²¹⁰ URUGUAY. Constitución Política. Artículo N° 42.- Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

²¹¹ URUGUAY. Constitución Política. Artículo N° 40.- La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

1986. Luego de esto en diciembre del año 2005 se regularon las relaciones de hecho entre parejas homosexuales.²¹²

El día 17 de abril de 2013 se aprueba tras una tercera lectura en el parlamento de nueva Zelanda, la enmienda a la Ley de Matrimonio Civil que permite el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo. Dicho proyecto se encontraba desde el año 2012 tramitándose pero no había contado con el número de votos necesarios para aprobarlo. Entra en vigencia esta institución en agosto del año 2013.²¹³

El texto de la ley señala que el objetivo principal de dicho cuerpo legal es “modificar la ley principal para aclarar que el matrimonio es entre dos personas, independientemente de su sexo, orientación sexual o identidad de género.”²¹⁴

²¹² TERRA. Nueva Zelanda, primer país de Asia Pacífico en legalizar el matrimonio homosexual. 17/04/13. [en línea]: <http://noticias.terra.cl/mundo/nueva-zelanda-primer-pais-de-asia-pacifico-en-legalizar-el-matrimonio-homosexual,70a7264e5101e310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html> [Consulta: 10/01/14]

²¹³ BAJATIERRA, LORENA. Nueva Zelanda legaliza el matrimonio gay. Diario digital Cambio 16. 19/08/13. [en línea]: http://cambio16.es/not/3126/nueva_zelanda_legaliza_el_matrimonio_gay/ [Consulta 10/01/14]

²¹⁴ NUEZA ZELANDA. Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013. Propósito de la Ley. Acto público 20 año 2013

La enmienda señala que se modifique la Sección dos de la Ley de Matrimonio Civil agregando:

"El matrimonio significa la unión de 2 personas, independientemente de su sexo, orientación sexual o identidad de género".²¹⁵

Junto con esta modificación, se establece que debe sustituirse en todo el ordenamiento jurídico vigente los términos marido y esposa y los demás términos semejantes, por los términos matrimonio o cónyuges.²¹⁶

n. Francia

Francia es el décimo cuarto país en el mundo en regular el matrimonio homosexual. A partir del 6 de octubre de 1791, la homosexualidad deja de ser un delito, al dictarse el primer Código Penal luego de la revolución francesa, donde no estaba contenido el delito de sodomía. En 1871 vuelve a

²¹⁵ Artículo traducido. Texto original en inglés: marriage means the union of 2 people, regardless of their sex, sexual orientation, or gender identity.

²¹⁶ Link para revisar el Texto completo de la Ley en Anexo 3

establecerse el delito de sodomía con el código penal del segundo imperio alemán, situación que se mantiene hasta después de la ocupación nazi.²¹⁷

Desde el mes de octubre de 1999, a través de los pactos de solidaridad civil (PACS), se autorizaron las uniones civiles, incluidas las parejas homosexuales, donde se otorgaron ciertos derechos propios del matrimonio, pero no contemplaba la adopción conjunta de menores.²¹⁸

El 23 de abril de 2013 Francia se convierte en uno más de los países que aprueban el matrimonio entre parejas del mismo sexo. El 17 de mayo del mismo año el consejo constitucional de dicho país validó la “ley Taubira” que amplía el matrimonio a parejas homosexuales. Posteriormente el 18 de mayo fue publicada por el presidente de la república la nueva ley en el diario oficial de Francia.²¹⁹

²¹⁷ CHRONOLOGIE DE 1750 A NOS JOURS. [en línea]: http://www.devoiretmemoire.org/memoire/histoire_homosexualite/chronologie.pdf [Consulta: 10/01/14]

²¹⁸ ACEPRENSA. Francia: el pacto Civil de Solidaridad reconoce a las parejas de hecho, también homosexuales. 22/10/99. [en línea]: <http://www.acepresa.com/articulos/francia-el-pacto-civil-de-solidaridad-reconoce-a-l/> [Consulta: 10/01/14]

²¹⁹ BELLVER, JUAN MANUEL. Francia aprueba la ley de matrimonio homosexual en un clima de tensión. El Mundo. 23/04/13. [en línea]: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/23/internacional/1366727113.html> [Consulta: 10/01/14]

Esta ley²²⁰ contempla modificaciones al código civil francés en variadas materias. Las principales modificaciones fueron:

ARTÍCULO 1.- “El capítulo I del Título V del Libro I del Código Civil queda modificado como sigue:

ARTÍCULO 143.- El matrimonio se contrae por dos personas del sexo opuesto o del mismo sexo.²²¹

Además la ley establece una serie de otras modificaciones para hacer coherente la precedente disposición con el resto del ordenamiento jurídico del país.

2. Entidades subnacionales que han legislado acerca del matrimonio homosexual

²²⁰ Link para revisar el Texto Completo de la Ley en Anexo 3

²²¹ Artículo traducido. Texto original en francés: 1° Il est rétabli un article 143ainsi rédigé: « Art. 143.-Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. »;

a. **México**

En México se aprueba el matrimonio homosexual exclusivamente en el Distrito Federal, a partir del año 2009, donde se redefinió²²² el concepto de matrimonio contemplado en el Código Civil de ese distrito, quedando finalmente el artículo 146 de la siguiente manera:

"Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código".²²³

A partir del año 2010 pudieron casarse los homosexuales en el Estado de Quintana Roo, debido a que el concepto de matrimonio establecido en el Código Civil de dicho Distrito, señala que el matrimonio es una unión entre

²²² RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ELI. Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles. Biblioteca Jurídica Virtual. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. [en línea]: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/el/el12.htm> [Consulta: 19/07/14]

²²³ MÉXICO. Código Civil del Distrito Federal.

dos personas²²⁴. Sin embargo, no ha existido un reconocimiento expreso de estas uniones.

En los demás Estados de México, se han logrado realizar otros matrimonios homosexuales, gracias a diversos amparos que se han interpuesto en la justicia y que han fallado a favor de estas parejas ya que se vulnera el derecho a la igualdad de las personas y a la dignidad humana.²²⁵

En relación a la Constitución²²⁶ mexicana, esta no establece un concepto de matrimonio ni de familia, por lo cual, en caso de querer legislarse

²²⁴ MÉXICO. Código Civil del Distrito de Quintana Roo. Artículo N° 680.- Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas, que exprese: I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, nacionalidad y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si éstos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien se celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta; II. Que no tienen impedimento legal para casarse; y III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

²²⁵ ZAPATA, BELÉN. 2013, un año de avances para el matrimonio gay en México. CNN MEXICO. 26/12/13. [en línea]: <http://mexico.cnn.com/nacional/2013/12/26/2013-un-ano-de-avances-para-el-matrimonio-gay-en-mexico> [Consulta: 10/01/14] y KAOS EN LA RED. México: avanza reconocimiento de matrimonio homosexual en Yucatán. 20/12/13. [en línea]: <http://www.kaosenlared.net/america-latina/item/76576-m%C3%A9xico-avanza-reconocimiento-de-matrimonio-homosexual-en-yucat%C3%A1n.html> [Consulta: 10/01/14]

²²⁶ MEXICO. Constitución Política. texto Completo en línea en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> [Consulta: 26/01/14]

sobre el matrimonio homosexual en otro Estado, no habría contradicción con la Carta Fundamental.

b. Estados Unidos

En Estados Unidos hay trece Estados donde se ha legislado acerca del matrimonio homosexual, sin embargo, el hito más importante al respecto es el fallo²²⁷ del Tribunal Superior realizado en junio del 2013, donde declara que es inconstitucional la ley Clinton que definió el matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.²²⁸

Previo a este histórico fallo, ya existían Estados donde estaba legalizado el matrimonio homosexual, sin embargo, fue luego de esta Sentencia que se desencadenó una seguidilla de aprobaciones de estas uniones a lo largo del país.

²²⁷ Link para revisar el Fallo Completo en ANEXO 1

²²⁸ RAMIREZ, MARIA. El supremo de EEUU reconoce los derechos de los casados gays. Diario El Mundo. 26/06/13. [en línea]: http://www.elmundo.es/america/2013/06/26/estados_unidos/1372256045.html [Consulta: 10/01/14]

Los Estados que actualmente aceptan el matrimonio homosexual son: Massachusetts (2004), Connecticut (2008), California (2008, ratificado el 2013), Iowa (2009), Vermont (2009), New Hampshire (2010), Nueva York (2011), Washington (2012), Maryland (2013), Maine (2013), Rhode Island (2013), Delaware (2013) Minesota (2013)²²⁹, Hawaii (2013)²³⁰, New Jersey

²²⁹ Ver: MÁS POR MÁS. 12 Estados aprueban el matrimonio homosexual en EU. 13/05/13. [en línea]: <http://www.maspormas.com/noticias/global/12-estados-aprueban-el-matrimonio-homosexual-en-eu> [Consulta: 10/01/14] y EL MUNDO. El matrimonio gay en EEUU. 26/06/13. [en línea]: http://www.elmundo.es/america/2013/06/26/estados_unidos/1372265921.html [Consulta: 10/01/14]

²³⁰ Ver: GARCÍA, CAROLINA. Hawaii, bandera de lucha gay, legaliza el matrimonio homosexual. 12/11/13. [en línea]: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/12/actualidad/1384283637_439671.html [Consulta: 19/07/14]

(2013)²³¹, Illinois (2013)²³², Nuevo México (2013)²³³, Pensilvania (2014)²³⁴, Oregon (2014)²³⁵.

c. Reino Unido

El Reino Unido es un Estado soberano compuesto por cuatro países, Escocia, Gales, Inglaterra e Irlanda del Norte. En los tres primeros es encuentra legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo,

²³¹ Ver: UNIVISION NOTICIAS. Nueva Jersey celebra sus primeras bodas gay. 21/10/13. [en línea]: <http://noticias.univision.com/article/1712535/2013-10-21/estados-unidos/noticias/nueva-jersey-celebra-sus-primeras-bodas-gay> [Consulta: 19/07/14]

²³² Ver: EL UNIVERSAL. Illinois, estado 16 en legalizar matrimonio gay. 20/11/13. [en línea]: <http://www.eluniversal.com.mx/el-mundo/2013/illinois-estado-16-en-legalizar-matrimonio-gay-967177.html> [Consulta: 19/07/14]

²³³ Ver: GARCÍA, CAROLINA. El Tribunal Supremo de Nueva México legaliza el matrimonio gay. 19/12/13 [en línea]: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387483363_160449.html [Consulta: 19/07/14]

²³⁴ Ver: PEREDA, CRISTINA. El matrimonio homosexual ya es legal en toda la costa este de EEUU. [en línea]: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/21/actualidad/1400694107_459810.html [Consulta: 19/07/14]

²³⁵ Ver: EL NACIONAL. Juez anula prohibición de matrimonio homosexual del Estado de Oregón. 19/05/14. [en línea]: http://www.el-nacional.com/mundo/Juez-prohibicion-matrimonio-homosexual-Oregon_0_412158947.html [Consulta: 19-07-14]

aprobación que se llevó a cabo en primer lugar en Inglaterra y Gales el día 17 de Julio de 2013, ley²³⁶ que contó con la sanción de la reina Isabel II. Previamente se aceptaba la unión civil entre parejas homosexuales, y gracias a esta nueva ley, quienes deseen, pueden convertir su unión civil en matrimonio.²³⁷ Los primeros matrimonios comenzaron a celebrarse el mes de marzo del año 2014. Respecto a Escocia, el matrimonio entre parejas del mismo sexo se aprobó el día 4 de febrero del año 2014 con la ley²³⁸ del matrimonio y uniones civiles y entró en vigencia en marzo del mismo año²³⁹.

En mayo del 2013 se votó en la asamblea autónoma de Irlanda del Norte, el proyecto que legalizaba el matrimonio homosexual, sin embargo, esta propuesta fue rechazada por un escaso margen.²⁴⁰

²³⁶ Link para revisar el Texto Completo de la ley en Anexo 3

²³⁷ Texto traducido. Artículo original en inglés: Marriage (Same Sex Couples) Act 2013. Part I. 9) 9 Conversion of civil partnership into marriage (1) The parties to an England and Wales civil partnership may convert their civil partnership into a marriage under a procedure established by regulations made by the Secretary of State.

²³⁸ ESCOCIA. Marriage and Civil Partnership Act 2014.

²³⁹ Link para revisar el texto completo de la Ley en Anexo 3

²⁴⁰ Ver: E NEWSPAPER. Irlanda del Norte rechaza Matrimonio gay por escaso margen. 01/05/13. [en línea]: <http://www.ene newspaper.mx/archivos/89807> [Consulta: 19/07/14]

3. Países que permiten el matrimonio homosexual sin legislación al respecto

a. Brasil

Brasil es el tercer país sudamericano donde se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Este caso, sin embargo, es bastante distinto a los revisados anteriormente, ya que fue producto de una iniciativa de la justicia y no de la legislación²⁴¹. Hasta ese entonces las parejas homosexuales solo estaban protegidas mediante la figura de la “unión estable”, donde no se reconocían los mismos derechos que en el matrimonio. La aprobación del matrimonio entre parejas del mismo sexo, se produjo producto de una resolución que dictó el Consejo Nacional de Justicia, quedando con esto obligados los registros civiles de Brasil a convertir la unión estable entre dos

²⁴¹ Ver: ARIAS, JUAN. Brasil legaliza el matrimonio homosexual por la vía judicial. Diario El País. 14/05/13. [en línea]: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045_328434.html [Consulta: 19/07/14]

personas del mismo sexo en un casamiento si así es solicitado y no podrán negarse a casar a parejas homosexuales.²⁴²

b. Colombia

En Colombia, desde el año 2007 se encuentran legalizadas las uniones civiles entre parejas homosexuales, a través de la unión marital de hecho, derecho que fue reconocido por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-075 del año 2007.²⁴³ En cuanto al matrimonio homosexual, Colombia es el cuarto país sudamericano donde sus ciudadanos homosexuales pueden contraer matrimonio entre sí, esto se logró, al igual que en Brasil, gracias a la justicia, en este caso, debido a un fallo de la Corte Constitucional Colombiana el año 2011, que resolvió que en caso de que el Congreso de la República no legislara otorgándole igualdad de derechos a las

²⁴² Ver: EL MUNDO. Brasil es el tercer país en Latinoamérica donde el matrimonio gay es legal. 15/05/13. [en línea]: <http://www.elmundo.es/america/2013/05/15/brasil/1368619221.html> [Consulta: 10/01/] y en: PROYECTO VIH URUGUAY. Brasil legalizó el matrimonio homosexual. [en línea]: <http://proyectovihuruguay.org/index.php/novedades/historial-de-novedades/105-brasil-legalizo-el-matrimonio-homosexual> [Consulta: 10/01/14]

²⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA. . Sentencia C-075. Link para revisar la sentencia completa en Anexo 1.

parejas homosexuales, a partir del veinte de junio de 2013, las parejas de homosexuales podrían solicitar tanto a jueces como a notarios, que formalizaran y solemnizaran su vínculo contractual.

Luego de dicho fallo, se presentó el proyecto de Ley No. 047 de 2012, acumulado con otros tres proyectos, donde se buscaba establecer la institución del matrimonio para parejas del mismo sexo, modificando el Código Civil. Este proyecto no prosperó y fue archivado luego de la primera sesión plenaria.²⁴⁴

Pese a que producto del fallo de la Corte Constitucional las parejas homosexuales debiesen tener la posibilidad de solemnizar su relación, esto no ha estado libre de detractores, el principal ha sido la Procuraduría General de la Nación, órgano que ha interpuesto múltiples tutelas para anular los matrimonios celebrados por jueces o notarios, logrando tener éxito en algunas ocasiones.²⁴⁵

²⁴⁴ Ver: SENADO COLOMBIA. [en línea]: <http://www.senado.gov.co/az-legislativo/proyectos-de-ley>

²⁴⁵ Ver: EL TIEMPO. Tutela de Procuraduría tumbó primer matrimonio gay en Colombia. 02/10/13. [en línea]: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13096688> [Consulta: 20/07/14]

Por lo tanto, hoy en día, depende de la discrecionalidad de los jueces y notarios si le otorgan el carácter de matrimonio al contrato que celebran, y además, las parejas deben lograr que su unión no sea anulada por los recursos interpuestos por la Procuraduría, por lo cual no hay una regulación o protección efectiva sobre los matrimonios homosexuales, regulación que los ciudadanos y múltiples organizaciones sociales se encuentran solicitando a las autoridades legislativas.

Colombia además presenta diferencias con los demás países previamente analizados, ya que la Constitución de este país si señala qué se entiende por familia, limitando ésta en su artículo 42²⁴⁶ al matrimonio celebrado por un hombre y una mujer o por la voluntad responsable de conformarla, por lo tanto, en este caso, para validar legislativamente el matrimonio homosexual, además de hacer las adecuaciones propias del Código Civil, será necesario realizar una modificación constitucional para lograr ese propósito.

²⁴⁶ COLOMBIA. Constitución Política. Artículo N° 42: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla

4. Análisis descriptivo del matrimonio en base a las definiciones aportadas previamente

a. Características comunes

De todas las legislaciones ya analizadas podemos desprender una serie de características que se repiten a lo largo del mundo. En primer lugar, hay que señalar que en el caso de los países donde se aprobó el matrimonio homosexual por vía legislativa, las modificaciones que se hicieron tuvieron un carácter legal, no constitucional. Es decir, se modificaron los códigos civiles o las leyes de matrimonio civil que regulaban los aspectos principales de la institución del matrimonio para incluir a las parejas del mismo sexo. En ningún caso se requirió una modificación de la Constitución para llevar a cabo esta inclusión, ya que al igual que en el caso chileno, estas no contenían un concepto acerca de qué es el matrimonio o que sujetos se entienden protegidos como familia.

Una segunda característica común, es que la mayoría de los países estudiados, tuvo primero una regulación de las uniones civiles homosexuales, para luego instaurar el matrimonio homosexual. De lo cual podemos concluir

que este tipo de cambios responde a una evolución social que se desarrolla progresivamente en el tiempo y que no corresponde a cambios radicales que se concretan de un día para otro.

Es interesante señalar que si bien no hay un consenso que pueda extenderse a todos los países en cuanto a la adopción de menores por parte de parejas homosexuales, hay un factor común que nos indica que dentro de esta evolución progresiva, una vez regulada las uniones civiles y luego el matrimonio homosexual, el tercer paso correspondería a la legalización de la adopción de niños por parte de parejas de igual sexo.

En relación a lo anterior, es importante destacar que existe una especie de evolución que se repite como patrón en la mayoría de los países analizados, en primer lugar estuvo penalizada la homosexualidad en todos esos países, luego dejó de ser un delito sin concederse derechos para estas personas, luego se logró un reconocimiento civil a estas uniones para finalmente reconocer el derecho al matrimonio y a la adopción de menores, hay países donde incluso hay matrimonio religioso homosexual.

Podemos percatarnos que hay sectores del planeta que son mucho más abiertos en estas materias, como es el caso de Europa, donde en gran parte de

los países se encuentra regulado el matrimonio homosexual, y los países donde no, en muchos existe al menos una regulación de las uniones civiles. Luego le sigue América del Sur, donde en los últimos 5 años, ha habido un notable avance en esta materia. Lejos se encuentra África y Asia, donde aún está penada la homosexualidad en muchos países.

b. Concepto personal de matrimonio

A modo personal, considero que la institución del matrimonio, tiene como objetivo regular la unión de dos personas que pretenden continuar en una relación estable y que tienen un proyecto de vida en común, por lo que un concepto apropiado para esta institución, sería uno más bien amplio, que considere tanto a parejas heterosexuales y homosexuales y que tuviera como único límite el consentimiento libre de los participantes y una edad mínima donde las personas sean conscientes de sus actos.

Los principales elementos debiesen ser que la unión se realice entre personas que consientan libre y voluntariamente, donde exista un vínculo afectivo que los una, que exista una pretensión de permanencia en el tiempo

donde busquen la concreción de un proyecto en común y donde se regulen aspectos patrimoniales.

Compartimos lo realizado por la mayoría de los países, que han optado por regular el matrimonio de forma muy simple, donde puedan incluirse una serie de relaciones y no excluya a nadie. Además sería relevante que el concepto sea lo más abierto posible, para no tener que requerir modificaciones de forma continua, ya que el debate que se genera en estas materias, puede ser muy extenso.

Proponemos que el concepto establezca que el matrimonio es la unión de dos personas unidas por un vínculo que tienen un proyecto en común y desean regularlo.

**CAPITULO V: ANALISIS JURISPRUDENCIAL A NIVEL
MUNDIAL DE PRONUNCIAMIENTOS FAVORABLES A NO
DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL Y
MATRIMONIO HOMOSEXUAL.**

1. España

a. Tribunal Constitucional. Recurso de Inconstitucionalidad

Rol 6864-2005. Sentencia N° 198 año 2012

El siguiente caso corresponde a un Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa en condición de comisionado, por otros 71 diputados del Grupo Popular del Congreso, contra la ley N°13/2005 por la que se modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio.

La ley que se impugna consiste en un artículo único con una serie de apartados que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La modificación principal, de la que devienen todas las demás, es la que añade un segundo párrafo al art. 44 del Código Civil, el que dispone “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos

contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.” Las demás modificaciones son adecuaciones terminológicas.

Según los recurrentes, mediante esta reforma se modificaría la concepción secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y una mujer. Concluyen que a pesar de parecer una reforma legal mínima, se trata de una de las modificaciones legislativas de mayor trascendencia y repercusiones para la sociedad española, puesto que en el fondo, se viene a crear una institución nueva.

Los argumentos que señalan para avalar la inconstitucionalidad de esta ley se basa en 8 artículos de la Constitución Española, que a juicio de los recurrentes se estarían afectando. El principal de ellos es el artículo 32²⁴⁷, relativo al derecho a contraer matrimonio y a su garantía institucional. El recurrente considera que dicho precepto reconoce un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer, pero no a las parejas del mismo sexo. Luego mencionan el artículo 10.2²⁴⁸ de la Constitución, relativo a la

²⁴⁷ ESPAÑA. Constitución Política. Artículo N° 32: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

²⁴⁸ ESPAÑA. Constitución Política. Artículo N° 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con

interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España. Argumenta que los tratados se refieren al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia, por lo cual el artículo 32 de la Constitución también debe ser interpretado en ese sentido. En tercer lugar se hace referencia al artículo 14 de la Constitución en relación con los artículos 1.1²⁴⁹ y 9.2²⁵⁰, relativos al principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de orientación sexual. Los recurrentes sostienen que la ley impugnada parte de una interpretación que es contraria a la Constitución y a la doctrina del Tribunal Constitucional, esto porque el matrimonio entre personas de sexos distintos no es equiparable a las parejas homosexuales, constituyendo una institución diferente. En cuarto lugar, se refieren al artículo 39²⁵¹ de la

la declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

²⁴⁹ ESPAÑA. Constitución Política. Artículo N° 1.1: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

²⁵⁰ ESPAÑA. Constitución Política. Artículo N° 9.2: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

²⁵¹ ESPAÑA. Constitución Política. Artículo N° 39: 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo,

Constitución en sus números 1, 2 y 4, relativo a la protección de la familia y de los hijos. Esto en cuanto se abre la posibilidad con la ley en cuestión a que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente. Esta previsión, según el recurrente, resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos. En quinto lugar está el art. 53.1²⁵² de la Constitución, puesto que el reconocimiento a las parejas del mismo sexo de un derecho que no tienen constitucionalmente reconocido conlleva una alteración de la configuración institucional del matrimonio que vulnera el contenido esencial del art. 32 de la constitución y por tanto, el art. 53.1 de la Constitución. El sexto artículo afectado es el 9.3²⁵³ de la Constitución, concretamente el principio de jerarquía normativa. En la medida que la ley impugnada contradice a la

la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

²⁵² ESPAÑA. Constitución Política. Artículo N° 53.1: Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

²⁵³ ESPAÑA. Constitución Política. Artículo N° 9.3: La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Constitución y como consecuencia de ello, otros preceptos constitucionales. Luego, respecto al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, la apertura de la institución del matrimonio reserva la titularidad y el ejercicio de este derecho al “hombre y la mujer” y ello mediante la aprobación de una ley ordinaria y sin la reforma previa de la Constitución, constituye para los recurrentes una arbitrariedad del legislador. Finalmente se argumenta que la ley en comento afecta el artículo 167²⁵⁴ de la Constitución, relativo a la reforma constitucional. Según los recurrentes, la ley impugnada habría infringido implícitamente el art. 167 de la Constitución al no haber seguido el cauce formal previsto en este precepto para reformar el art. 32 de la Constitución y haber optado en su lugar por una reforma legal.

²⁵⁴ ESPAÑA. Constitución Política. Artículo N° 167: 1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Ante estas imputaciones, el abogado del Estado contestó señalando que existen tres modelos distintos que pueden tener las constituciones respecto al matrimonio homosexual. Según el modelo constitucional obligatorio, la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual obligaría a establecer el matrimonio homosexual en plena igualdad jurídica con el heterosexual. También se encuentra el modelo inconstitucional, en el que el establecimiento del matrimonio homosexual sería contrario a la Constitución. Y finalmente el modelo intermedio o facultativo, donde el matrimonio homosexual sería una opción libre del legislador, dejando la constitución un amplio margen de libertad de configuración. Según la defensa el tercer modelo es el que se deriva de la Constitución Española, esto en virtud de dos argumentos. En primer lugar, que la homosexualidad se halla tutelada constitucionalmente por dos derechos fundamentales, el de libertad-intimidad y el de igualdad y prohibición de discriminación. En segundo lugar el modelo intermedio se funda en el artículo 32 de la Constitución, precepto que ha sido interpretado en tres ocasiones por el tribunal en relación con la homosexualidad. Además argumenta el representante del Gobierno que quedan desautorizados todos los argumentos que tratan de justificar la prohibición del matrimonio homosexual, basándose en la historia de

institución matrimonial. La homosexualidad estaba fuera del matrimonio simplemente porque había sido expulsada de la sociedad.

Finalmente el abogado del Estado desestima todos los motivos de inconstitucionalidad presentados por los recurrentes, concluyendo que la Constitución Española no contiene un concepto de matrimonio, sino que se limita a reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica. Además señala que del art. 32 de la Constitución no resulta ni la prohibición ni la exigencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que la Constitución otorga un amplio margen de libertad de configuración al legislador para establecer un matrimonio exclusivamente heterosexual y una unión legal homosexual, o un matrimonio que dé cabida a las parejas del mismo o de distinto sexo.

i. Consideraciones del Tribunal

El tribunal considera que de los ocho motivos de inconstitucionalidad propuestos por el recurrente, la vulneración del art. 32 de la Constitución es el principal y de éste devienen los demás por lo que considera necesario centrarse sólo en este. La jurisprudencia ha interpretado el artículo en comento en el sentido de otorgarle un doble contenido, de modo que el

matrimonio en la constitución española es una garantía institucional y, simultáneamente un derecho constitucional. Por tanto, el matrimonio se configura como una institución garantizada por la Constitución y a la vez contraer matrimonio es un derecho constitucional tal y como se desprende de su ubicación en la norma fundamental.

Para interpretar el artículo comentado, el tribunal señala que se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea de que la constitución es un árbol vivo, que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad. El tribunal considera que hay que revisar si la regulación impugnada impide el ejercicio del derecho por parte de las personas heterosexuales, en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían, afectando por tanto el contenido esencial de ese derecho. Resolviendo que no afecta el contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo no lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente o no casarse.

En base a lo anterior la mayoría del tribunal desestima la acción de inconstitucionalidad presentada. Sin embargo hubo 4 fallos de disidencia, los cuales se centraron principalmente en el argumento de que se debió realizar la reforma a la institución del matrimonio por medio de una reforma constitucional y no como se hizo mediante una reforma legal.

2. Argentina

a. Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Acción de amparo. Expediente N° 34292 año 2009. Freyre

Alejandro contra GCBA

Acción de amparo interpuesto por Alejandro Freire y José María Di Bello contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. El día 22 de abril de 2009 los recurrentes asistieron al Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, para pedir una fecha para casarse, el Registro les negó su petición debido a que ambos eran hombres. La acción interpuesta tiene como objetivo que le ordene a las autoridades correspondientes que se

les permita contraer matrimonio y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172²⁵⁵, 188²⁵⁶ y concordantes del Código Civil.

Los recurrentes argumentan que ni la Constitución Nacional, ni los tratados internacionales, ni en la legislación vigente existe una definición de familia limitada a la unión entre un hombre y una mujer. Por tanto solicitan se declare la inconstitucionalidad de toda norma que les prohíba contraer matrimonio.

El gobierno de la ciudad de Buenos Aires contestó la demanda señalando que la acción de amparo no era la vía apropiada, ya que no era el medio más idóneo para resolver el conflicto. Además señala que no existe discriminación alguna, puesto que los actores no han acreditado hallarse en la misma situación fáctica y jurídica que el resto de las personas que han decidido contraer matrimonio conforme a la legislación vigente.

²⁵⁵ ARGENTINA. Código Civil. Artículo N° 172 previo a la declaración de Inconstitucionalidad: .- Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

²⁵⁶ ARGENTINA. Código Civil. Artículo N° 188 previo a la declaración de inconstitucionalidad: En el acto de celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer.

i. Consideraciones del Tribunal

En virtud de lo anterior, el Tribunal señala que la Constitución de Buenos Aires dispone en su artículo N° 106 asignar a su Poder Judicial “el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los Códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales.”²⁵⁷ Por tanto, tratándose en el caso sub lite de una acción de amparo interpuesta para cuestionar una decisión del Registro Civil de Buenos Aires, de acuerdo al marco constitucional y legal, resulta indudable la competencia del tribunal para resolver el caso en comento.

En relación al fondo del asunto, el tribunal señala que la medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio (tributarias, hereditarias, pensiones, etc.) Por lo tanto corresponde determinar si esta diferenciación que impide contraer matrimonio a una pareja homosexual resulta discriminatoria.

²⁵⁷ ARGENTINA. Constitución de Buenos Aires. Artículo N° 106.

Señala que la igualdad que garantiza el artículo N° 16²⁵⁸ de la Constitución Nacional no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que concede a otro en iguales circunstancias. Se menciona también que el texto constitucional se mantuvo inalterable antes y después de una serie de modificaciones relevantes, por ejemplo el otorgamiento de voto a la mujer, el fin a la categorización de hijos, la subordinación de la mujer al hombre en el matrimonio.

El tribunal señala que puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. El sentido de la igualdad democrática y liberal es “el derecho a ser diferente”, que no puede confundirse con la “igualación”.

²⁵⁸ ARGENTINA. Constitución Política de la Nación. Artículo N° 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Menciona el tribunal que el pueblo de la Ciudad de Buenos Aires se dio una Constitución en cuyo artículo N° 11 se establece que “todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce el derecho a ser diferente.”²⁵⁹ Se establece una enumeración de categorías en las que se prohíbe discriminar, entre ellas la orientación sexual. El inciso final del recién citado artículo señala “La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica y social de la comunidad.”²⁶⁰ Es decir, la constitución local reconoce el derecho a ser diferente, impidiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o a pretexto de la orientación sexual. Por esta razón, el constituyente ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos distintos incompatibles con el principio de no discriminación. En estos casos, a falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma portadora del criterio de distinción no supera el examen de constitucionalidad. En relación a los argumentos del demandado,

²⁵⁹ ARGENTINA. Constitución de Buenos Aires. Artículo N° 11

²⁶⁰ Ibid.

resultan escasos e insuficientes para revertir la presunción de inconstitucionalidad de las normas en que basó su decisión.

En relación a la institución del matrimonio civil, el Tribunal señala que éste se ha visto afecto a una serie de modificaciones a la luz de una serie de cambios sucedidos desde la organización nacional hasta la época actual. Esta evolución permite descartar la idea de un significado natural o recto, y por tanto privado de influencias históricas, de la institución del matrimonio civil. El tribunal analiza si la prohibición de contraer matrimonio para la pareja recurrente constituye una discriminación del Estado basada en la orientación sexual. En un primer examen literal, los artículos cuestionados se contraponen directamente con las reglas constitucionales que prohíben un trato discriminatorio en razón de la orientación sexual. Los actores se hallan impedidos de acceder a la categoría socialmente aprobada de “casados”. Finalmente el tribunal concuerda en cuanto a que no hubo ilegalidad en el acto de no otorgar hora para contraer matrimonio.

En virtud de lo anterior el tribunal concluye señalando que no puede pasarse por alto que en términos simbólicos, resulta insuficiente la regulación de relaciones de hecho, pues el mero mantenimiento de un régimen exclusivo

para parejas heterosexuales refuerza el estereotipo, la estigmatización y la falta de aprobación y reconocimiento frente a diferentes sexualidades. Por tanto el tribunal resuelve declarar la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil en cuanto impiden contraer matrimonio a la pareja litigante, ordenando a las autoridades del Registro Civil, que celebre el matrimonio de los recurrentes si así lo solicitan.

3. República Oriental de Uruguay

a. Juzgado Letrado de Familia de 27° Turno de Montevideo.

Resolución N° 1940 año 2012

El presente caso correspondió a la primera vez que en la República Oriental de Uruguay se ratificó un matrimonio celebrado en el extranjero, específicamente en España, por dos personas del mismo sexo, en este caso por dos hombres.

i. Consideraciones del Tribunal

En relación al matrimonio celebrado en España, el tribunal señala que no existe un Tratado directo con Uruguay que solucione este caso. Por lo cual se acude al apéndice del Código Civil, específicamente al artículo 2395²⁶¹ donde se señala que el matrimonio se rige por el país donde se celebra. Al respecto señala que Uruguay declaró en la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) que “los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable.”²⁶²

En relación a la excepción de orden público²⁶³, el tribunal señala que si bien es cierto que el juez nacional puede oponer la excepción de orden público, la cual se define como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico local, señala que no debe dudarse que se trata de una solución de

²⁶¹ URUGUAY. Código Civil. Artículo N° 2395: La ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto matrimonial.

²⁶² RESOLUCIÓN N° 1940 - JUZGADO LETRADO DE FAMILIA DE 27° TURNO (Montevideo) - 05/06/2012 Considerando N° 2.

²⁶³ Ibid. Considerando N° 3

carácter extraordinario que, en consecuencia, debe ser aplicado con sentido restrictivo, frente a casos de manifiesta injusticia, de grave perturbación, de indispensable defensa, por incompatibilidad manifiesta con el orden público interno.

El Tribunal hace referencia al Derecho Internacional uruguayo y los matrimonios celebrados en el extranjero señalando que cuando en Uruguay se analiza, en sede judicial, la posibilidad de reconocerle o no eficacia a una de estas nuevas formas de pareja o familia jurídicamente reconocidas y reguladas en algunos derechos extranjeros a la luz de los principios fundamentales del orden público internacional uruguayo, debería tenerse en cuenta que Uruguay es parte de los Tratados de Derechos Humanos y que por tanto los principios de libertad, igualdad y no discriminación con relación al régimen de la familia están incorporados positivamente al orden jurídico uruguayo.

Antes era previsible que los jueces uruguayos consideraran que el carácter heterosexual del matrimonio constituía un principio de orden público internacional uruguayo, pero esta apreciación no puede permanecer estática en el tiempo. Más allá de la evolución que el tema ha tenido en el derecho

comparado, no parece factible hoy en día que la heterosexualidad de las parejas se pueda invocar como un principio de orden público internacional. Cabe insistir en que los principios de orden público internacional no coinciden necesariamente con las normas de orden público interno en materia de validez del matrimonio. Por el contrario, la identificación de aquellos debe hacerse necesariamente, como lo ordena con fuerza de interpretación legal preceptiva, conforme la Declaración uruguaya de 1979, es decir, con un criterio restrictivo. En consecuencia, para que las autoridades uruguayas actuantes puedan desconocer eficacia a un matrimonio válidamente celebrado conforme a la ley del lugar de celebración, ésta deberá ofender en forma concreta, grave y manifiesta normas y principios esenciales de orden público internacional o en los que el Estado uruguayo asienta su individualidad jurídica.

El tribunal considera que el ordenamiento jurídico uruguayo evolucionó desde la entrada en vigor de la ley de identidad de género, la cual habilita el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no lo diga expresamente. Por lo que el tribunal considera que desde ese momento no es aplicable la excepción de orden público internacional, en base a que dicho principio se encuentra fuertemente debilitado.

Frente a tal panorama de avance del sistema legislativo uruguayo, la Sede judicial considera que no está habilitada para invocar la heterosexualidad como excepción de orden público internacional para negar continuidad jurídica a un matrimonio contraído válidamente entre dos personas del mismo sexo al amparo de la legislación española habilitante. La interpretación contraria, no se ajustaría al criterio restrictivo y excepcional que impone la Declaración de 1979 a la hora de determinar el alcance de la excepción de orden público internacional.

Por lo anterior, el tribunal declara el reconocimiento del matrimonio celebrado en el Reino de España, con plena eficacia en la República Oriental del Uruguay. “Estima la proveyente que la solución anunciada es conteste con la intención y el espíritu de la ley N° 18.620, que no son otros que los de proteger a las personas de la discriminación por razones de orientación sexual y el cumplimiento de las normas de Derechos Humanos que las protegen a este respeto.”²⁶⁴

²⁶⁴ Ibid. Considerando N° 7.

4. Colombia

a. Corte Constitucional. Acciones de Inconstitucionalidad

D8367 y D8376. Sentencia N° 577 año 2011²⁶⁵

Esta sentencia redactada por la Corte Constitucional Colombiana el año 2011, resuelve dos demandas de inconstitucionalidad, la primera de ellas interpuesta por el ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo, (demanda D8367) y la segunda interpuesta por los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, directora ejecutiva de Colombia Diversa, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez y César Rodríguez Garavito, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA, Mauricio Noguera Rojas, abogado de Colombia Diversa, así como Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal, (Demanda D8376), ambas, en contra del artículo 113 del Código Civil Colombiano, el cual establece: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente”²⁶⁶.

²⁶⁵ Link para revisar el Texto Completo de la Sentencia en Anexo 1.

²⁶⁶ COLOMBIA. Código Civil. Artículo N° 113

Los demandantes impugnan las frases “un hombre y una mujer” y “de procrear” de dicho artículo, esgrimiendo que son contrarias a la Constitución dado que impiden contraer matrimonio a parejas formadas por personas del mismo sexo.

i. Consideraciones del Tribunal

En cuanto a lo que resuelve el Tribunal en este caso, lo relevante no es el análisis de la sentencia en sí, ya que el Tribunal se inhibió de realizar un pronunciamiento sobre el fondo de la inconstitucionalidad del artículo impugnado, sin embargo resuelve exhortar al Congreso Nacional de la República señalando:

CUARTO.- EXHORTO “para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.

QUINTO.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán

acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.²⁶⁷

Ya ha caducado el plazo otorgado por la Corte Constitucional, y el Congreso de la República no ha realizado los cambios legislativos que se le habían solicitado, por lo que cumpliéndose el fallo dictado por la Corte, las parejas homosexuales, a partir del 20 de Junio de 2013 comenzaron a formalizar sus uniones ante un juez o notario.

5. Estados Unidos

a. Corte Suprema de Justicia. Caso Edith Windsor vs. Estados Unidos.²⁶⁸ Sentencia N° 307 año 2012.

Este caso revierte mucha importancia ya que es el primero en Estados Unidos en dar validez a los matrimonios homosexuales legalmente

²⁶⁷ Corte Constitucional. Acciones de Inconstitucionalidad D8367 y D8376. Sentencia N° 577 año 2011. Parte resolutive número cuarto y quinto.

²⁶⁸ Link para revisar el texto completo de la Sentencia en anexo 1.

celebrados, declarando inconstitucional una ley que se encontraba vigente a nivel nacional.

Edith Windsor y Thea Spyer, ambas mujeres estadounidense residentes en el estado de Nueva York, contrajeron matrimonio en Canadá el año 2007. Luego de dos años de casadas Spyer muere dejando todo su patrimonio a Windsor, quien solicita la exención de impuestos hereditarios que opera en ese país para el cónyuge sobreviviente. Esta solicitud es rechazada en virtud del artículo 3²⁶⁹ la ley de defensa del matrimonio (DOMA) la cual excluye a las parejas de igual sexo de la definición de “cónyuges”. Por lo cual, Windsor se vio obligada a pagar una alta suma de dinero en impuestos. En razón de este caso, la recurrente decide interponer una demanda cuestionando la constitucionalidad de esta disposición, la cual es acogida por el tribunal del distrito y por la Corte de Apelaciones y luego llega a manos de la Corte Suprema.²⁷⁰

²⁶⁹ EEUU. Ley DOMA. Artículo N° 3: “In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.”

²⁷⁰ Extracto traducido: Texto original: Two women then resident in New York were married in a lawful ceremony in Ontario, Canada, in 2007. Edith Windsor and Thea Spyer returned to their

i. Consideraciones del Tribunal

La Corte Suprema considera que la ley DOMA impone directamente restricciones a los matrimonios compuestos por parejas de igual sexo dejándolos como una suerte de ciudadanos de segunda categoría al no reconocer el Estado, el estatus de cónyuges de éstos, quedando en una situación de desprotección no sólo el matrimonio, sino que también los hijos de éstos. Por tanto, concluye la Corte Suprema que la disposición legal no es válida ya que no existe ningún propósito legítimo para desacreditar a estos matrimonios legalmente celebrados y por tanto esta distinción vulnera la quinta enmienda de la Constitución.²⁷¹

home in New York City. When Spyer died in 2009, she left her entire estate to Windsor. Windsor sought to claim the estate tax exemption for surviving spouses. She was barred from doing so, however, by a federal law, the Defense of Marriage Act, which excludes a same-sex partner from the definition of “spouse” as that term is used in federal statutes. Windsor paid the taxes but filed suit to challenge the constitutionality of this provision. The United States District Court and the Court of Appeals ruled that this portion of the statute is unconstitutional and ordered the United States to pay Windsor a refund. This Court granted certiorari and now affirms the judgment in Windsor’s favor.

²⁷¹ Extracto traducido: Texto original: The class to which DOMA directs its restrictions and restraints are those persons who are joined in same-sex marriages made lawful by the State. DOMA singles out a class of persons deemed by a State entitled to recognition and protection to enhance their own liberty. It imposes a disability on the class by refusing to acknowledge a status the State finds to be dignified and proper. DOMA instructs all federal officials, and indeed all persons with whom same-sex couples interact, including their own children, that their marriage is less worthy than the marriages of others. The federal statute is invalid, for no legitimate purpose overcomes the purpose and effect to disparage and to injure those whom the State, by its marriage

b. Corte Suprema de Justicia. Caso Hollingsworth vs. Perry.²⁷²

Sentencia N° 144 año 2012

El siguiente caso corresponde a una demanda presentada por un grupo de activistas anti-gays que buscaban instaurar en la Constitución del estado de California que el matrimonio era la “unión entre un hombre y una mujer”. Esta propuesta fue denominada la “proposición 8” y contó con una ratificación ciudadana. El tribunal federal de California declaró válido el matrimonio homosexual mientras que la Corte de Apelaciones de San Francisco, acogió la demanda interpuesta por el grupo anti-gay. Llega el caso finalmente a la Corte Suprema de Estados Unidos quien opta por anular la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones, volviendo el asunto al tribunal federal de California.

i. Consideraciones del Tribunal

laws, sought to protect in personhood and dignity. By seeking to displace this protection and treating those persons as living in marriages less respected than others, the federal statute is in violation of the Fifth Amendment.

²⁷² Link para revisar el texto completo de la Sentencia en Anexo 1.

Pese a que la Corte no hace una alusión directa al fondo del asunto, “este fallo es considerado positivo para las organizaciones homosexuales por considerar que al redirigir la decisión a un tribunal que había validado el matrimonio gay en California, la Corte Suprema allanó el camino para la reanudación del matrimonio entre personas del mismo sexo en ese Estado.”²⁷³

6. México

a. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia N° 02 año 2010²⁷⁴

El presente caso consiste en una acción de inconstitucionalidad presentada por Arturo Chávez Chávez, en su carácter de Procurador General de la República, contra la ley que permitió el matrimonio homosexual en el Distrito Federal, modificando el Código Civil de ese distrito, el cual establecía en su artículo N° 146, que “Matrimonio es la unión libre de un

²⁷³ MOYA, FRANCISCA. La Corte Suprema de Estados Unidos y el matrimonio homosexual. En Diario Constitucional. 05/07/2013. [En línea]: <http://bloglegal.bcn.cl/la-corte-suprema-de-los-estados-unidos-y-el-matrimonio-homosexual> [consulta 18/12/2013]

²⁷⁴ Link para revisar el texto completo de la Sentencia en Anexo 1.

hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.”²⁷⁵ El modificado Código Civil establece que “matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua.”²⁷⁶ Además se pretende declarar la inconstitucionalidad del artículo N° 391 que, pese a no sufrir modificación, se amplía el acceso de los cónyuges y concubinos del mismo sexo a la figura jurídica de la adopción.

El recurrente señala que estas modificaciones vulneran a la Constitución, en primer lugar por tanto el procedimiento legislativo afectó el derecho de legalidad, por no haber sido debidamente fundado y motivado.

Además argumenta que se vulnera el artículo 4²⁷⁷ de la Constitución Federal, en cuanto ésta impone un imperativo constitucional de que la ley “debe proteger la organización y el desarrollo de la familia, y ésta debe estar

²⁷⁵ MÉXICO. Código Civil del Distrito Federal. Antiguo Artículo N° 146.

²⁷⁶ MÉXICO. Código Civil del Distrito Federal. Actual artículo N° 146.

²⁷⁷ MÉXICO. Constitución Política. Artículo N° 4: El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

conformada necesariamente por el padre, la madre y los hijos, como modelo ideal y, por ello, directriz de la actividad legislativa, administrativa y programática, tendente a protegerla.²⁷⁸

i. Consideraciones del Tribunal

La Corte, en relación a la supuesta falta de motivación, señala que el legislador no se encuentra obligado a brindar una justificación dentro del proceso legislativo, ya que la creación de nuevas normas responde a objetivos que deben corresponderse con la realidad social.

En relación a la protección establecida en el Artículo N° 4 de la Constitución para la familia, supuestamente matrimonial y heterosexual, el Corte ha señalado que lo que efectivamente se consagra es la protección de la familia y ésta en ningún lugar se ve limitada a la compuesta por padre, madre e hijos, por lo cual, las modificaciones realizadas no son contrarias en ningún caso a la Constitución Mexicana.

En relación al supuesto de que el interés superior del niño se viera afectado por cuanto se acepte la adopción por parte de parejas homosexuales,

²⁷⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia N° 02 año 2010. Considerando N° 93

la Corte ha señalado que la heterosexualidad no garantiza que un menor viva en mejores condiciones para desarrollarse, ya que esto responde a otros factores que no tienen relación con la homosexualidad o heterosexualidad de los padres. Además concluye que no hay prueba alguna de que estas modificaciones afecten o pongan en riesgo el interés superior del menor.

Por lo anteriormente expuesto la Corte rechaza el recurso de inconstitucionalidad señalando que la diversidad sexual de los contrayentes no es ni constitucional, ni legalmente, un elemento definitorio de la institución matrimonial, sino más bien el resultado de la concepción social que, en un momento histórico dado, existía. Por lo cual al realizarse esta reforma, redefiniendo el concepto de matrimonio, como la unión entre dos personas, extendiendo, de esta manera, esa institución civil a las personas homosexuales, no afecta o trastoca dicha institución en cuanto a su núcleo esencial o su naturaleza, como aduce el accionante, ni tampoco podría sostenerse que la Constitución se opone a esa opción elegida por el legislador ordinario, como tampoco que sea sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer, el medio para constituir una familia ideal.

7. Italia

a. Corte Constitucional 138/2010²⁷⁹

La Corte Constitucional Italiana el año 2010 se pronunció acerca de la posible inconstitucionalidad de ciertos artículos del Código Civil de dicho país, por petición del tribunal de Venecia y la Corte de Apelaciones de Trento, quienes consideraron que dichos artículos interpretados de forma sistemática, impedían que personas homosexuales pudiesen contraer matrimonio.

La Corte señaló al respecto que efectivamente el matrimonio contemplado en la legislación al momento de entrar ésta en vigencia era aquel formado por un hombre y una mujer, sin embargo, las normas no pueden quedar petrificadas a perpetuidad y deben ser modificadas a lo largo que los tiempos cambian. Pero esta labor le corresponde al legislador, ya que debe haber cambios sistemáticos en el ordenamiento jurídico si se pretende otorgar derechos matrimoniales a las parejas homosexuales, por lo tanto la corte finaliza señalando que no le corresponde a ese organismo, sino que al parlamento, referirse y legislar acerca del matrimonio homosexual.

²⁷⁹ Link para revisar el texto completo de la Sentencia en Anexo 1.

8. Alemania

a. Tribunal Constitucional Alemán 17 julio 2002²⁸⁰

El Tribunal Constitucional alemán, luego de la dictación de la ley que permitió las uniones civiles homosexuales debió referirse acerca de su constitucionalidad, ya que se cuestionaba que se viera afectada la garantía establecida en el artículo 6 de la Constitución alemana que establece que la familia y el matrimonio están bajo una protección especial.

Señala el Tribunal que dicha normativa no vulnera la Constitución, ya que no se establecen las uniones civiles en desmedro del matrimonio y no se ve afectada la institución matrimonial en ningún aspecto. Agrega que la protección al matrimonio no implica que no pueda existir otros tipos de regulaciones de pareja.

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁸⁰ Link para revisar el texto completo de la Sentencia en Anexo 1.

a. Caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile.

Sentencia año 2012

El caso consistió en el proceso de tuición interpuesto por el padre de tres menores contra la madre de éstas, por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres menores. Tras un largo proceso la Corte Suprema resuelve en favor del padre, entregándole el cuidado de las niñas. Atala en tanto, recurre a la Corte Interamericana de Derechos Humanos alegando un trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar por parte del Estado chileno.

i. Consideraciones del Tribunal

En la Sentencia la Corte declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; ii) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24 (igualdad ante la ley), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1. (Obligación de respeto

y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el artículo 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo; iv) los artículos 11.2 (protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; v) el derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con los artículos 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales), en relación con el artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo. Por otra parte, la Corte declaró que el Estado no violó la garantía judicial de imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 (garantías judiciales) de la Convención Americana, en relación con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica.

Respecto al proceso de tuición y el derecho a la igualdad y no discriminación y la orientación sexual como categoría protegida, la Corte reiteró que el artículo 1.1 de la Convención²⁸¹ es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Además, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1 de la Convención.

En cuanto al principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo, la Corte señaló que no podía basarse en suposiciones sino que en hecho probados, por lo que no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre

²⁸¹ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo N° 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

Respecto a la presunta discriminación social, la Corte consideró que, para justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre.

Acerca del supuesto privilegio de intereses de la madre por sobre el de sus hijas, la Corte consideró que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción “tradicional” sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad.

Respecto al alegado derecho a una familia “normal y tradicional”, la Corte observó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. El concepto de vida familiar no está

reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

Respecto al derecho a la vida privada y vida familiar, la Corte señaló que el artículo 11²⁸² de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, el Tribunal sostuvo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. La vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.

²⁸² CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo N° 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

En el fallo, la corte estableció una serie de reparaciones que debía llevar a cabo el Estado de Chile, ordenando: i) brindar la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata a las víctimas que así lo soliciten; ii) publicar la Sentencia, iii) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; iv) continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, y v) pagar determinadas cantidades por concepto de indemnización por daño material e inmaterial y por el reintegro de costas y gastos, según corresponda.

10. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

a. Caso Toonen vs. Australia. Comunicación N° 488 año 1992

El presente caso reviste gran importancia ya que es uno de los primeros a nivel mundial, dictado en 1994, que reconoce la imposibilidad de establecer distinciones en base a la orientación sexual. Este fallo se produjo en respuesta

a una comunicación efectuada por Nicholas Toonen, quien buscaba impugnar dos disposiciones del Código Penal de Tazmania²⁸³, los que consideraban como diversas formas de contacto sexual entre hombres adultos. Dichos preceptos, permitían que un policía investigue aspectos íntimos de las personas y los detenga por creer que participan en actividades homosexuales. Esta prohibición solo afectaba a las parejas compuestas por hombres, no para las mujeres.

El Estado federal de Tazmania, argumento que dichas disposiciones respondían a fines de salud pública y moral, ya que se estaba intentando proteger a los habitantes de la propagación del VIH.

i. Consideraciones del Comité

En relación a la supuesta protección de la población del VIH y SIDA como motivo determinante para estas leyes, el Comité señaló que la penalización de las prácticas homosexuales no puede ser considerada como

²⁸³ AUSTRALIA. Código Penal de Tazmania: Artículo N° 122 "relaciones sexuales por vías no naturales" o "relaciones contra natura" y Artículo N° 123 "prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino"

un medio razonable o proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA.

El Comité señaló además que se está afectando el artículo 17²⁸⁴ del pacto, esgrimiendo que la actividad sexual consensual que se desarrolla en privado entre adultos forma parte de la vida privada de las personas. Por tanto, el hecho de que existan dichas leyes produce una afectación actual del derecho del recurrente. Centra por tanto la resolución en la violación a la vida privada y no en el artículo 26²⁸⁵ que consagra el derecho de igualdad y no discriminación.

En este caso se discute si la orientación sexual puede ser incorporada como categoría sospechosa dentro de la categoría sexo u otra condición social. Al respecto, el Comité se limita a señalar que la referencia al "sexo",

²⁸⁴ PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Artículo N° 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

²⁸⁵ PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Artículo N° 26. 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.

que figura en el párrafo 1 del artículo N° 2²⁸⁶ y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual.

Finalmente, el Comité resuelve que se estima vulnerado el derecho a la vida privada por tanto, deben revocarse los artículos lesivos, pertenecientes al Código Penal del Estado de Tasmania.

²⁸⁶ PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Artículo N° 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.

CAPITULO VI: SITUACIÓN EN CHILE

1. Normas chilenas que se refieren al matrimonio

En el presente apartado revisaremos qué entiende por matrimonio nuestro ordenamiento jurídico, y dónde se encuentra regulado esta institución, para determinar qué características tiene y analizar la factibilidad de instaurar el matrimonio entre parejas del mismo sexo en nuestro país.

El matrimonio en Chile se encuentra regulado principalmente en el Código Civil y en la Nueva Ley de Matrimonio civil. El Libro I del Código Civil contempla el concepto de matrimonio, los requisitos para realizar dicho contrato, las solemnidades que deben llevarse a cabo para celebrarlo y los requisitos para la existencia del matrimonio. La nueva ley de Matrimonio Civil, ley 19.947 establece los requisitos de validez del matrimonio, las diligencias que deben llevarse a cabo previo a la celebración y al momento de realizar el contrato, la regulación de la celebración del matrimonio ante una entidad religiosa de derecho público, el proceso de separación de los cónyuges ya sea separación de hecho o por medio de la acción de separación judicial, también regula el término del contrato matrimonial, el proceso

judicial de nulidad del matrimonio, el procedimiento de divorcio, y el trámite de mediación para poder llevar adelante las acciones recién mencionadas.

La principal disposición acerca del matrimonio es precisamente el concepto de éste, ya que dicha definición fija tanto quienes pueden realizar este contrato como cuáles deben ser los fines de éste. El artículo 102 del Código Civil señala:

Artículo 102: El 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.²⁸⁷

De este artículo podemos observar en primer lugar que el matrimonio se encuentra restringido expresamente a las parejas compuestas por personas de distinto sexo, y además, para los fines de este trabajo es importante resaltar que se establece como una de las finalidades del matrimonio, el procrear, objetivo que las parejas de igual sexo no podrían cumplir.

Además de esta regulación, hay un gran número de leyes que hacen mención a los términos “marido y mujer”, los cuales demuestran lo enraizado

²⁸⁷ CHILE. Código Civil. Artículo N° 102

que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico la concepción de matrimonio como relación heterosexual. Algunos ejemplos de estas leyes son el Código de Comercio que en su artículo 14 señala: “La mujer casada no será considerada como comerciante si no hace un comercio separado del de su marido.”²⁸⁸ Se suma a esto la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, la cual establece en su artículo 128 que “cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad. Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer”²⁸⁹. Estos son solo algunos de los ejemplos dentro de las múltiples referencias que se hacen en nuestras leyes.

Una vez revisadas estas leyes, podemos concluir, que para aprobarse en nuestro país el matrimonio entre parejas de igual sexo, deberá en primer

²⁸⁸ CHILE. Código de Comercio Artículo N° 14.

²⁸⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. Artículo N° 128

lugar modificarse el artículo 102 del Código Civil, y además deberán producirse las correspondientes adecuaciones en todo el ordenamiento jurídico para hacerlo armónico con esta nueva institución.

2. Análisis jurisprudencial: Fallo del Tribunal Constitucional por requerimiento de inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil. Rol 1881 año 2010

La Sentencia fue pronunciada por el Tribunal Constitucional en relación a la imposibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. La acción se inicia por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago como una medida para mejor resolver, solicitando la pronunciación del Tribunal Constitucional sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo N° 102 del Código Civil.

El precepto cuestionado señala:

“Artículo 102.- El 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.”²⁹⁰

Los recurrentes indican que negar la posibilidad de contraer matrimonio o de inscribir un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero a dos personas, por su orientación sexual, constituye un grave atentado al derecho a la igualdad consagrado por el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Mencionan además que el artículo en comento discrimina arbitrariamente a las parejas recurrentes ya que mientras las parejas heterosexuales pueden decidir entre contraer matrimonio o mantener relaciones de hecho, las homosexuales sólo pueden convivir, sin tener derecho a ningún tipo de protección legal.

i. Consideraciones del Tribunal

El voto de mayoría señaló que el requerimiento no indica de modo explicativo el vicio de constitucionalidad que se produciría en la aplicación del artículo 102 del Código Civil. Además señala que respecto a los efectos

²⁹⁰ CHILE. Código Civil. Artículo N° 102.

del matrimonio existe una reserva legal, la que tendría un doble fundamento constitucional. Por una parte, se desprende del N° 3²⁹¹ del art. 63 de la Carta Fundamental, al señalar respecto a las materias de ley las que son objeto de la codificación civil. Por otra parte, el art. N° 20²⁹² del mismo artículo establece que también serán materia de ley toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

En relación a la falta de idoneidad, el tribunal señala que la inaplicabilidad es un control concreto de constitucionalidad, por lo cual en la gestión pendiente a que se refieren los autos, la única consecuencia que podría producirse en caso de acoger la acción, sería la exclusión de la aplicación del art. 102 del Código Civil, artículo que se encuentra en el contexto de un amplio campo de normas que resultan aplicables por el juez de la gestión por lo que no habría que aplicar varios preceptos. Es por esto, que el tribunal rechaza la acción de inaplicabilidad.

²⁹¹ CHILE. Constitución Política de la República. Artículo 63 N° 3: Sólo son materia de ley: 3) Las que son objeto de codificación civil, comercial procesal, penal u otra.

²⁹² CHILE. Constitución Política de la República Artículo 63 N° 3: Sólo son materia de ley: 20) Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

El ministro Bertelsen, pese a concordar en el fallo agrega una explicación acerca del derecho a la igualdad consagrado en la Constitución. Indicando que la igualdad ante la ley no exige un trato igual a todas las personas, sino que permite dar un trato distinto cuando hay un hecho diferenciador relevante entre las personas y que este sea apto y proporcionado para la diferencia jurídica que se extraiga.

Además realiza una evolución histórica del matrimonio donde señala que tradicionalmente ha sido concebido como una unión de vida entre hombre y mujer, enfatizando en el fin de procreación propio del concepto de matrimonio, señalando que sólo la unión de un hombre y una mujer puede naturalmente producir la procreación.

El voto particular concurrente de los ministros Venegas, Navarro y Aróstica, declaran que no resulta contraria a la Constitución la aplicación del Artículo 102 del Código Civil, argumentando en base a los criterios de igualdad que ha establecido previamente el Tribunal Constitucional, los que señalan que la ley no exige un trato uniforme a las personas, sino que se requiere un hecho diferenciador relevante entre personas, y este debe ser apto y proporcionado para poder aplicar la diferenciación.

Concluyen en base a lo expuesto, que el matrimonio definido en el art. 102 del Código Civil, es por su origen, fisonomía y finalidad una institución que solo se puede aplicar a las parejas heterosexuales.

El voto concurrente de la ministra Marisol Peña se centra en señalar que el matrimonio entre un hombre y una mujer constituyen la base esencial de la familia que se encuentra amparada por la Constitución porque éste tipo de familias son las que pueden cumplir con los fines estipulados por el Código Civil, específicamente el fin de procrear y proyectar la sociedad a través del tiempo.

Los ministros Fernández, Carmona, Viera Gallo y García en su voto particular señalan que la Constitución no se refiere al matrimonio, no lo define ni fija sus características, por lo cual no se vincula el matrimonio con la protección de la familia. Esto lo basan en que como señala la Ley de Matrimonio Civil el matrimonio es la base principal de la familia, de lo cual se desprende que no es la única. Los ministros expresan que “todo

matrimonio da origen a una familia, pero no todas las familias tienen su origen en un matrimonio.”²⁹³

Los ministros hacen mención a diversos tratados internacional ratificados por Chile donde se consagra el derecho fundamental a contraer matrimonio. El artículo 23.2 del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos proscrib: “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”²⁹⁴. El artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala: “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 que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”²⁹⁵ Por último hacen mención a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en el artículo 16 señala: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho,

²⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 1881-10. Voto particular concurrente de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García. P.34

²⁹⁴ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo N° 23.2

²⁹⁵ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo N° 17.2

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.”²⁹⁶ De lo anterior los ministros concluyen que ninguno de los artículos recién mencionados concluyen que sólo se reconozca el derecho a casarse a hombres “con” mujeres o viceversa.

Señalan que la Constitución tampoco define un modelo de familia, por lo que no se establece una suerte de discriminación entre la familia matrimonial y las diversas familias de hecho. Concluyen finalmente que la Constitución protege todos los tipos de familia. Por lo que al existir diversos modelos de familia protegidos por la Constitución, y teniendo en cuenta que el matrimonio no es la única forma de formar una familia, “no hay, entonces razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio sólo a personas de sexos diferentes.”²⁹⁷

²⁹⁶ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Artículo N° 16.

²⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 1881-10. Voto particular concurrente de los Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García. P.48

Sin embargo señalan que el matrimonio, al estar regulado en una ley, entonces una ley puede modificarlo, por lo cual no se puede constitucionalizar lo establecido en preceptos legales. El Tribunal Constitucional puede interpretar la Constitución, pero no crearla, por lo cual no le puede dar rango constitucional a normas dictadas por el poder Legislativo, ésta es la razón esgrimida por la cual finalmente rechazan la acción.

El único voto disidente, correspondiente al ministro Hernán Vodanovic quien señala que una ley puede perfectamente acomodarse al sistema jurídico constitucional del momento en que es dictada, como ocurrió con el art. 102 del Código Civil, artículo que data de 1855. Pero actualmente dicho artículo puede contradecir los valores, y derechos fundamentales que la Constitución actualmente consagra. Analizando el argumento que funda la exclusión del matrimonio homosexual, el Ministro concluye que el único principio constitucional invocado, es la intangibilidad de la familia.

El ministro señala la Constitución no recoge un concepto de matrimonio, sino que se limita a establecer un mandato amplio de protección a la familia, acorde con las funciones que desempeña una sociedad pluralista

y democrática como la chilena, donde la Constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas.

El Ministro finaliza su argumento señalando que “Privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena; e implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja, desde el momento que se le les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una República democrática que acepta la diversidad de vida.”²⁹⁸

Como única conclusión luego de lo recién expuesto, el Ministro Vodanovic señala que el Estado, al negar a las parejas de igual sexo la posibilidad de participar en la institución matrimonial, se está incurriendo en una exclusión incompatible con el respeto de la dignidad humana, la

²⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 1881-10. Voto de disidencia Ministro Vodanovic. p.73

autonomía individual y la igualdad ante la ley, además de incumplir el mandato de protección a la familia.

Del fallo recién expuesto se puede desprender en primer lugar, que no existe una postura uniforme respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del concepto actual de matrimonio que tiene nuestra legislación. Sin embargo, es imperioso destacar que los argumentos que se esgrimen para rechazar este recurso y así proteger la regulación actual del matrimonio, responden a argumentos fundamentados en criterios históricos y no precisamente en aspectos jurídico constitucionales. Sin embargo, los Ministros que pese a rechazar el recurso, por razones de forma y no de fondo, se muestran a favor de la constitucionalidad del matrimonio homosexual, basándose efectivamente en lo que señala nuestra Carta Magna y no en ideas valóricas o religiosas.

3. Situación respecto a parejas de igual sexo

Actualmente en Chile rige una situación de total desprotección legal para las parejas de igual sexo, ya que no existe ninguna normativa que

otorgue algún derecho a estas relaciones. Por consiguiente, en caso de fallecimiento de un miembro de la pareja, la parte sobreviviente no tiene ningún tipo de derechos hereditarios sobre los bienes de su pareja. En caso de que uno de los miembros de la pareja tenga un hijo, la otra parte tampoco tiene derecho alguno sobre el menor. Y así, en todas las instituciones legales, no hay derecho que ampare estas uniones.

La única regulación que hace mención expresa a los homosexuales es la ley 20.609²⁹⁹ que establece medidas contra la discriminación. Esta ley, aprobada el año 2012 señala en su Artículo N° 2°: “Definición de discriminación arbitraria. Para 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 cause 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

²⁹⁹ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. Ley 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación. Entrada en vigencia el 24/07/2012

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.”³⁰⁰

Por tanto, en teoría no se podría establecer una distinción en base a la orientación sexual, por tanto el artículo N° 102 del Código Civil que define el matrimonio, sería contrario a esta ley. Sin embargo, los legisladores previniendo que se haría esta interpretación señalaron en el artículo N° 6 de la misma ley: “Admisibilidad. No se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria en los siguientes casos. b) Cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes.”³⁰¹ Por tanto, queda claro que los legisladores no tenían intención alguna en otorgar derechos a las parejas homosexuales.

4. Proyectos existentes sobre el tema

³⁰⁰ CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. Ley 20.609 que establece Medidas contra la Discriminación. Artículo N° 2.

³⁰¹ Ibid. Artículo N° 6

Durante los últimos años se han presentado diversos proyectos al congreso nacional, que han buscado otorgar derechos a las parejas homosexuales, ya sea mediante uniones civiles que buscan otorgar derechos principalmente patrimoniales y proyectos de matrimonio igualitario que pretenden asegurar además de ciertos derechos patrimoniales el derecho de la pareja a realizar el rito del matrimonio y el reconocimiento social que ello conlleva.

a. Proyectos de Unión Civil

i. Año 2003. Proyecto de Fomento de la No Discriminación y Contrato de Unión entre personas del Mismo Sexo.³⁰² Redactado por el MOVILH y presentado por diversos parlamentarios.

El presente proyecto fue ingresado el 10 de julio de 2003, por diez diputados: Enrique Accorsi (PPD), Gabriel Ascencio (PDC), Patricio Hales (PPD), Víctor Jaeme (PPD), Antonio Leal (PPD), Osvaldo Palma (RN),

³⁰² CHILE. Boletín 3283-18. Cámara de Diputados

Fulvio Rossi (Independiente), María Saa (PPD), Carolina Tohá (PPD) y Ximena Vidal (PPD).

Con este proyecto se abrió en Chile el debate público acerca de las familias homoparentales y la necesidad de que se regulen las relaciones de las parejas de igual sexo. El objetivo del proyecto fue “regular la unión de las parejas homosexuales en Chile y como una (SIC) sus características definitorias el adecuarse a los avances científicos y legales existentes a nivel mundial y nacional en relación a los derechos humanos de las minorías sexuales.”³⁰³ El proyecto no busca abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, sino que busca asegurar un piso básico de estabilidad, especialmente en el caso de que un miembro de la pareja fallezca.

Se fundó en el hecho de que las minorías sexuales son uno de los grupos más discriminados y estigmatizados en diversos países del mundo.

Para entregar sustento científico al proyecto, se cita la declaración hecha el año 1973 por la asociación de psiquiatría de Estados Unidos, quienes quitan a la homosexualidad de la lista de desórdenes mentales.

³⁰³ CHILE. Boletín 3283-18. Cámara de Diputados. Proyecto unión entre personas del mismo sexo año 2003. p.1

Posteriormente, el año 1992, la Organización Mundial de la Salud, OMS, eliminó a la homosexualidad de su clasificación internacional de enfermedades.

El proyecto agrega que Chile ha ratificado diversos acuerdos internacional que velan por la no discriminación de los ciudadanos, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁰⁴, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos³⁰⁵, la Convención Americana sobre Derecho

³⁰⁴ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Artículo N° 2. 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” Art.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 de tal discriminación.

³⁰⁵ PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Artículo N° 2. 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.

Humanos³⁰⁶ , el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰⁷ , la Carta Democrática Interamericana.³⁰⁸

Respecto a la situación chilena, el proyecto considera que “dada la actual situación de menoscabo de las parejas homosexuales, es imperioso avanzar en la protección de ese tipo de familia y, de paso, internalizar que la existencia de formas particulares de ejercer la sexualidad corresponden al ámbito de lo privado. En Chile no existe en la actualidad ninguna normativa legal que en forma explícita impida garantizar a las minorías sexuales derechos humanos básicos. Muy por el contrario, nuestra Carta Fundamental

³⁰⁶ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Artículo N° 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (...) Los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³⁰⁷ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo N° 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.

³⁰⁸ CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA. Artículo N° 4. “(...) erradicación de la pobreza crítica y de toda forma de discriminación”.

garantiza en su artículo 1 que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”³⁰⁹, mientras en su artículo 19 sostiene que “en Chile no hay personas ni grupos privilegiados”. Por ello “la Constitución asegura a todas las personas (...) la igual protección de la ley ante el ejercicio de sus derechos”³¹⁰.

Los principales artículos del proyecto señalan:

Título I. Disposiciones Generales

Artículo 1.- La presente ley protege la existencia legal de la familia constituida entre personas del mismo sexo, cuyos miembros, que cumplan los requisitos establecidos por la ley, deseen acogerse al régimen patrimonial por ella previsto. (...)

Artículo 2.- La orientación sexual de una persona no podrá ser considerada en ningún caso como elemento en contra para el discernimiento de guardas, regulación del régimen de visitas, ejercicio del derecho preferente de educación de los hijos, y en general cualquier derecho donde la orientación

³⁰⁹ CHILE. Constitución Política de la República.

³¹⁰ Proyecto unión entre personas del mismo sexo año 2003. p.7

sexual pueda invocarse como elemento restrictivo para el ejercicio de tales derechos.

Artículo 3.- No podrán contraer el vínculo señalado en el artículo primero:

1.º Los menores de edad;

2.º Los que se hallaren ligados entre sí por vínculo de parentesco (...)

3.º Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto, o por otro contrato de unión civil que no haya sido disuelto.

Artículo 4.- La voluntad de las partes se expresará por escrito o verbalmente ante el notario competente (...) Podrán especificar el régimen patrimonial al cual se acogen.

Artículo 8.- Podrán acogerse a la presente ley las partes que convivieron en forma continua por un período no inferior a dos años y que se hubieran tratado como pareja en sus relaciones domésticas y sociales, siendo recibidos con ese carácter por los deudos, amigos y el vecindario de su domicilio en general.

Artículo 10.- Las partes del contrato de unión civil estarán obligados a otorgarse mutuamente socorro y asistencia.

Artículo 13.- En el supuesto que uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapacitado, o se hallare ausente, y sin perjuicio de lo que señale el testamento del sujeto a guarda, el otro ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para el discernimiento de la misma, la cual tendrá el carácter de legítima.

Artículo 14.- El contrato de unión civil terminará:

1.º Por declaración expresa de las partes, (...) No podrá solicitarse la disolución del contrato dentro del plazo de un año contado desde su celebración.

2.º Por resolución judicial;

3.º Con la muerte natural o presunta de uno de los contrayentes;

4.º Con la separación de hecho superior a un año, (...)

5.º Por matrimonio subsiguiente.

Artículo 15.- Si uno de los miembros de la pareja fallece estando vigente el contrato de unión civil el sobreviviente tendrá la condición de heredero, el cual concurrirá personalmente o representado, en iguales términos que los hijos, si los hubiere y, en caso contrario, preferirá su derecho a cualquier otro pariente.

El sobreviviente tendrá carácter de legitimario para todos los efectos legales.

Título VI. De los efectos del contrato de unión civil.

Artículo 16.- El miembro sobreviviente del contrato que regula la presente ley tendrá los mismos derechos que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en el Libro III del Código Civil.

La pareja podrá ser considerada como asignatario en la cuarta libre de mejoras y en la cuarta libre de disposición del causante.

El proyecto actualmente se encuentra archivado. Situación que ocurrió el 4 de agosto de 2009 por la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados.

ii. Año 2008. Proyecto que regula la Unión Civil entre personas del mismo sexo³¹¹ presentada por el diputado Marco Enríquez-Ominami

El proyecto fue presentado en la cámara de diputados el 19 de marzo de 2008 por el diputado independiente Marco Enríquez-Ominami. El proyecto presenta como antecedentes que la unión civil “es una de las instituciones establecidas con el objeto de permitir el vínculo jurídico entre personas del mismo sexo, otorgándoles efectos similares al matrimonio principalmente en materia patrimonial.”³¹²

En relación al concepto de matrimonio que rige a Chile, se establece como elemento de la esencia del contrato de matrimonio la diferencia de sexo entre los contrayentes. Dejando expresamente fuera de todo reconocimiento legislativo a las parejas del mismo sexo, no obstante que nuestro propio ordenamiento consagra en la Constitución Política el derecho a la igualdad ante la ley. Un primer nivel de análisis de la igualdad es “entre todos los seres humanos cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. De lo anterior se

³¹¹ CHILE. Boletín 5774-18. Cámara de Diputados.

³¹² Proyecto de Unión Civil entre personas del mismo sexo. P. 1

sigue que si hay derechos para cuya titularidad se exige la condición de ser humano, esos derechos, atendido que la humanidad se presenta en todos, deben también ser distribuidos igualitariamente.”³¹³ Esta igualdad se denomina igualdad en la distribución de los derechos. Una segunda dimensión establece la igualdad fáctica mínima, en el sentido que el “Estado debe facilitar a las personas el acceso a los bienes primarios que permitan la auto realización de un ser humano.”³¹⁴

En relación al derecho comparado, el proyecto señala como ejemplo el registro público de uniones civiles creado en Argentina, al igual que el de otros países.

Las ideas matrices de este proyecto señalan que se pretende establecer “una instancia en nuestro ordenamiento jurídico, para que personas del mismo sexo celebren uniones civiles disponiendo de su vida en pareja. (...) pudiendo optar a una institución de efectos similares al matrimonio.”³¹⁵

³¹³ Proyecto de Unión Civil entre personas del mismo sexo. P. 1

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Ibid. p.2

La unión civil pretende regular las distintas solemnidades que se requieren, los deberes y derechos de los contrayentes y el régimen patrimonial de los mismos.

El texto mismo del proyecto señala:

Artículo Único.- Agréguese el siguiente artículo al Código Civil.

Art. 102 bis. "La Unión Civil es un contrato solemne celebrado por dos personas del mismo sexo, ambas con la correspondiente capacidad, destinado a regular la vida en pareja de los contrayentes."

Adolecerá de nulidad la unión civil en los siguientes casos:

a.- En el evento que los contrayentes tengan los mismos impedimentos en materia de parentesco, aplicables en el matrimonio.

b.- Cuando alguno de los contrayentes tenga un vínculo de matrimonio o de unión civil no disuelto.

La celebración de la unión civil se realizará cumpliendo todas y cada una de las formalidades requeridas para la celebración del matrimonio exceptuando aquellas que se oponen a la naturaleza de la unión civil.

Al momento de la celebración de la unión civil, se establecerá el régimen de bienes al que optarán los contrayentes, esto es separación total de bienes o comunidad de bienes. Así mismo, en ese mismo acto deberá señalarse cuál de los dos contrayentes tendrá la administración en el evento que la elección del régimen sea la comunidad de bienes.

El proyecto en comento se encuentra actualmente archivado por la comisión de Familia de la Cámara de Diputados con fecha 1 de junio de 2010.

iii. Año 2010. Proyecto de Acuerdo de Vida en Común (AVC)³¹⁶ presentada por el Senador Andrés Allamand

El presente proyecto, ingresó al senado el 29 de junio de 2010, el entonces senador Andrés Allamand, buscó plasmar la intención que el gobierno de Sebastián Piñera tenía de regular las relaciones de hecho, que ascendían a más de dos millones de chilenos.

³¹⁶ CHILE. Boletín 7011-07. Senado.

El proyecto se basa en una convicción, “que una sociedad democrática y de libertades exige reconocimiento y respeto por aquellas opciones de vida que sin perjudicar a terceros expresan la autonomía de la voluntad.”³¹⁷

El proyecto en tanto, decide reservar el contrato de matrimonio exclusivamente a parejas de distinto sexo y exige que para poder suscribir un acuerdo de vida en común, los contratantes no pueden encontrarse ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto.

En cuanto a la regulación de parejas homosexuales el proyecto asume una premisa fundamental. “No hay razón alguna para estigmatizar las relaciones homosexuales libremente consentidas entre personas mayores de edad.”³¹⁸

El acuerdo deberá ser otorgado por escritura pública la que deberá inscribirse en el Registro Civil. Los principales artículos establecen:

Artículo 1°. El acuerdo de vida en común es un contrato celebrado por dos personas naturales, mayores de edad, para regular sus relaciones de

³¹⁷ Proyecto de acuerdo de Vida en Común. p.2

³¹⁸ Ibid. p.2

convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua. (...) La celebración de este contrato no alterará el estado civil de los contratantes.

Artículo 5°. No podrán celebrar este acuerdo entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Tampoco podrán celebrarlo dos personas de las cuales al menos una de ellas se encuentre actualmente ligada por vínculo matrimonial no disuelto o por otro acuerdo de vida en común que se encuentre vigente.

Artículo 7°. Las partes del acuerdo se deben recíprocamente ayuda mutua. Asimismo salvo pacto en contrario, ambos contratantes deberán contribuir a solventar los gastos generados por la vida común según sus posibilidades económicas.

Artículo 8°. Ambas partes conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes del contrato y de los que se adquieran durante la vigencia de éste, (...)

Artículo 9°. Las partes del acuerdo serán solidariamente responsables frente a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para solventar las

necesidades de la vida común y por las contraídas en pro de la vivienda común, siempre que se hayan sometido al régimen de indivisión establecido en el artículo anterior.

Artículo 10°. Es nulo el contrato de compraventa entre las partes del acuerdo. Sin embargo, las donaciones entre ellas valen como donaciones revocables.

Artículo 11°. En la sucesión intestada del contratante fallecido, el sobreviviente concurrirá con los hijos del difunto y recibirá en todo caso una porción equivalente a lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo. Si el difunto no ha dejado posteridad, concurrirá con sus ascendientes de grado más próximo y en este caso, la herencia se dividirá en dos partes, una para el contratante sobreviviente y una para los ascendientes. A falta de éstos, llevará todos los bienes el contratante sobreviviente. (...)

Artículo 14°. El acuerdo de vida en común expira:

- a.- Por la muerte de uno de los contratantes
- b.- Por consentimiento de las partes, que conste de escritura pública.
- c.- Por voluntad de una de las partes manifestada en escritura pública.

d.- Por el matrimonio de los contratantes entre sí o de uno de ellos con un tercero.

e.- Por la declaración de nulidad del contrato.

f.- Por la declaración judicial de cese de la convivencia, a petición de cualquiera que tenga intereses sucesorios.

Artículo 19°. En caso de fallecimiento de un contratante a consecuencia de un hecho ilícito de un tercero, el sobreviviente tendrá legitimación activa para reclamar las indemnizaciones civiles por los perjuicios patrimoniales y morales a que haya lugar.

El presente proyecto se encuentra en el primer trámite constitucional en el senado y fue refundido con el proyecto presentado posteriormente por el Presidente Sebastián Piñera acuerdo de vida en pareja (AVP)

iv. Año 2011. Proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja (AVP)³¹⁹ presentado por el ex Presidente de la República Sebastián Piñera

³¹⁹ CHILE. Boletín 7873-07. Senado

El 17 de agosto de 2011, el presidente de la República Sebastián Piñera ingresa el proyecto de ley que crea el acuerdo de vida en pareja. El presente proyecto se encuentra actualmente en tramitación en el congreso nacional.

El proyecto se funda en primer lugar en la familia como pilar fundamental de la sociedad. Señalando que es una institución imprescindible, donde se transmiten los valores fundamentales para el desarrollo individual y la realización personal. Además menciona que es una instancia decisiva en la formación de hábitos de convivencia y cohesión social que permiten la formación de buenas personas y mejores ciudadanos. Esta realidad, que emana de la naturaleza social del ser humano, se encuentra consagrada en la Constitución Política de la República en su artículo 1° al señalar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que es deber del Estado dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta.

El mensaje señala que la familia se manifiesta a través de distintas expresiones. Existiendo la familia tradicional o nuclear, compuesta de madre y padre casados y sus potenciales hijos, familia que el gobierno considera “la expresión más estable, duradera y anhelada en Chile”³²⁰ Agrega que existen

³²⁰ Proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja. p.3

otros grupos familiares, como los monoparentales, los de familias extendidas, los formados por parejas convivientes y los formados por parientes consanguíneos, incluyendo a los que no den lugar a la procreación.

En segundo lugar, el proyecto se refiere a la necesidad de regular la convivencia debido a que el 15% de los chilenos mayores de edad declaran convivir con su pareja sin estar casados. Por esto se vuelve necesario regular y proteger este tipo de uniones para otorgar mayor certeza jurídica a los derechos y obligaciones que de ellas emanan. Se pretende con este proyecto “proteger el acceso a la salud, a la previsión, a la herencia y a otros beneficios sociales, removiendo los obstáculos que hoy les impiden ese acceso y las discriminaciones existentes.”³²¹

En tercer lugar, el proyecto se refiere al carácter heterosexual del matrimonio, aclarando que el presente proyecto no altera de modo alguno la definición legal de matrimonio consagrado en el artículo 102 del Código Civil. Ya que considera que el contrato de matrimonio por su naturaleza debe ser celebrado entre un hombre y una mujer.

³²¹ Ibid. p.4

El texto original del proyecto, regulaba en sus principales artículos:

Artículo 1º.- El Acuerdo de Vida en Pareja es un contrato celebrado entre dos personas con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común. El acuerdo solo generará los derechos y obligaciones que establece la presente ley y en ningún caso, alterará el estado civil de los contratantes.

Artículo 2º.- Solo podrán celebrar el Acuerdo de Vida en Pareja las personas que sean mayores de edad y que tengan la libre administración de sus bienes. (...) Tampoco podrá celebrar el acuerdo aquella persona que esté sujeta a vínculo matrimonial o a un Acuerdo de Vida en Pareja vigente.

Artículo 3º.- El Acuerdo de Vida en Pareja será otorgado por escritura pública ante notario.

Artículo 4º.- Asimismo, el Acuerdo de Vida en Pareja podrá ser celebrado en una oficina del Registro Civil, ante el respectivo Oficial, quien levantará acta de todo lo obrado, la que será firmada por él y por los contratantes.

Artículo 6°.- El Acuerdo de Vida en Pareja terminará en cualquiera de los siguientes casos:

- a. Por la muerte de uno de los contratantes;
- b. Por la muerte presunta de uno de los contratantes
- c. Por el matrimonio de los contratantes entre sí o de cualquiera de ellos con terceras personas;
- d. Por mutuo acuerdo que conste por escritura pública
- e. Por voluntad unilateral de uno de los contratantes
- f. Por declaración de nulidad del acuerdo.

Artículo 7°.- Durante la vigencia del Acuerdo de Vida en Pareja, los contratantes se deberán ayuda mutua y deberán contribuir a solventar los gastos generados por su vida en común, atendiendo a sus facultades económicas.

Artículo 8°.- Para todos los efectos legales, se formará entre los contratantes una comunidad de bienes respecto de todos los bienes muebles

adquiridos a título oneroso no sujetos a registro, que hubiesen adquirido durante la vigencia del Acuerdo de Vida en Pareja.

Artículo 9º.- Para los efectos de las regulaciones establecidas en el Libro Tercero, Título II, del Código Civil, respecto de la sucesión intestada, cuando el Acuerdo de Vida en Pareja haya tenido una vigencia mínima de un año y termine por la muerte de una de las partes, el contratante sobreviviente concurrirá con los hijos del causante, recibiendo una porción que será igual a lo que, por legítima rigurosa o efectiva, corresponda al hijo o a cada hijo si fueren más de uno. Si el causante no ha dejado descendencia, le sucederán el contratante sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo. En este caso, la herencia se dividirá en dos partes iguales, una para el contratante sobreviviente y la otra para los ascendientes. A falta de estos últimos, llevará todos los bienes el contratante sobreviviente, y, a falta de contratante, los ascendientes.

Artículo 10.- Cuando el Acuerdo de Vida en Pareja haya tenido una vigencia mínima de un año y termine por la muerte de una de las partes, el testador podrá favorecer al contratante sobreviviente con todo o parte de la cuarta de mejoras.

Artículo 11.- Para los efectos del Régimen Público de Salud y del Sistema Privado de Salud, el Acuerdo de Vida en Pareja acreditado en la forma establecida por la presente ley, permitirá a cualquiera de los contratantes ser carga del otro.

Artículo 12.- Toda inhabilidad, incompatibilidad o prohibición de carácter legal o reglamentario que se encuentre establecida respecto de los cónyuges, se hará extensiva, de pleno derecho, a los contratantes de Acuerdo de Vida en Pareja.

Artículo 14.- En todas aquellas normas en las cuales se hiciere referencia expresa al conviviente, se entenderá que aquélla incorpora también a los contratantes de un Acuerdo de Vida en Pareja, según corresponda.

Artículo 15.- Será competente para conocer de los asuntos a que dé lugar el Acuerdo de Vida en Pareja el juez de letras del domicilio de cualquiera de las partes.

Pese a que este proyecto fue presentado por el ex Presidente Sebastián Piñera, éste no prosperó. Sin embargo, la actual presidenta Michelle Bachelet decidió continuar con la tramitación de éste, dándole suma urgencia en la

tramitación en el Senado. El proyecto en enero de 2014 fue aprobado en general por la cámara alta³²² y luego, en octubre del mismo año, fue aprobado en particular con una serie de indicaciones, pasando así al segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

En enero de 2015, la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara despachó un segundo informe del proyecto haciendo referencia a las diversas indicaciones que se habían incorporado en el proyecto. Destacaron entre éstas particularmente dos. La primera en relación con el nombre que se le otorga a este proyecto, modificándose en dicho informe, el hasta ese entonces “Acuerdo de Vida en Pareja (AVP)”, por “Proyecto de Unión Civil (PUC)”. Este cambio se produjo principalmente para dar congruencia al proyecto a nivel mundial. “La Biblioteca del Congreso Nacional elaboró un estudio de derecho comparado, en el cual se señala que la expresión “Pacto de Unión Civil” u otro similar eran los más usados en la generalidad de los casos. La expresión Acuerdo de Vida en Pareja solo existe en Andorra”³²³. La intención de la Comisión es evitar confusión e intentar

³²² Votación realizada en la sesión del senado 83/361

³²³ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja. 6 de Enero 2015. P.137

que la futura ley se puede asimilar y ser fácilmente reconocible con leyes de diversos países.

La segunda indicación relevante que se discutió en la Comisión de la Constitución, tiene relación con la posibilidad de obtener la tuición de un menor la pareja civil del fallecido o inhabilitado padre biológico. Se determinó finalmente que tendrán preferencia para obtener la tuición del menor en igualdad de condiciones, el cónyuge sobreviviente, el conviviente civil y los familiares. Decisión que será tomada por el juez caso a caso.³²⁴

Actualmente se sigue tramitando el proyecto, restando aún bastantes aspectos controvertidos por lo que se espera se logre promulgar esta ley dentro del año 2015.³²⁵

³²⁴ La Comisión de Constitución de la Cámara, redactó el nuevo artículo en los siguientes términos. Artículo 44.- Sustitúyese el artículo 226 del Código Civil, por el siguiente: “Artículo 226.- Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes como el cónyuge, el conviviente civil o los parientes por consanguinidad; velando primordialmente por el interés superior del niño o niña, conforme a los criterios establecidos en el artículo 225-2.”. Modificaciones del proyecto disponibles [En línea] en: http://camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8268&prmBL=7873-07 [Consulta: 16 enero 2015]

³²⁵ Nota de actualización: El día 28 de enero de 2015 se aprobó en la Cámara el informe de la comisión mixta, quedando aprobado el finalmente denominado “Acuerdo de Unión Civil” (AUC). Actualmente se encuentra el proyecto esperando el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional para ser promulgado, se espera que a mediados del 2015 comiencen a celebrarse las primeras uniones civiles. El proyecto definitivo contempla como principales características las

b. Proyectos de ley de Matrimonio Igualitario

i. Año 2008 proyecto de matrimonio igualitario³²⁶ liderado por el diputado Marco Enríquez-Ominami

El presente proyecto ingresado a la cámara de diputados el 20 de marzo del 2008, señala que el Código Civil comenzó a regir a comienzos de la segunda mitad del siglo XIX y que a partir de ese entonces, ha sufrido una serie de modificaciones. Señala que diversas opiniones consideran la necesidad de modificarlo en relación a las nuevas exigencias de la vida social y en especial en el ámbito del derecho de familia, área que no debe permanecer inmutable. El proyecto menciona que se ha tardado mucho en realizar las diversas modificaciones pertinentes, toma como ejemplo que la

siguientes: 1. El pacto de unión civil constituirá estado civil de conviviente civil. 2. El juez competente será el encargado de determinar a quién le corresponderá la tuición de los menores por fallecimiento o inhabilidad absoluta de los padres, teniendo preferencia los consanguíneos más cercanos y el cónyuge o conviviente civil del padre o la madre. 3. Respecto al régimen patrimonial, las parejas al regular su unión civil se entenderá que cada miembro mantiene la propiedad y goce de sus bienes, salvo que pacten expresamente al momento de celebrar la unión que desean regirse por un sistema de comunidad de bienes. 4. En materias hereditarias, se establece que al morir un miembro de la pareja, el sobreviviente será heredero intestado de su pareja y concurrirá de la misma forma que lo hace el cónyuge sobreviviente, pudiendo ser asignatario también del cuarto de mejoras. 5. Se reconocerán los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero, los que se regirán por la institución de la Unión Civil. [En línea]: http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=125126 [Consulta: 05/03/15]

³²⁶ CHILE. Boletín 5780-18. Cámara de Diputados.

nueva Ley de Matrimonio Civil, la que logró terminar con el carácter indisoluble del matrimonio, sin embargo, desde el punto de vista sustantivo, la definición legal es insatisfactoria con el esquema actual por lo cual surge la necesidad de modificarlo.

En relación al Derecho Comparado, el proyecto señala que la tendencia en las legislaciones comparadas es a modificar el concepto, eliminando la referencia expresa al sexo de los contrayentes, así como algunas finalidades trascendentes, como la de procreación.

Las ideas matrices del proyecto consisten en modificar el actual concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil, eliminando dos rasgos del precepto vigente. Por una parte, el requisito de que los contrayentes deben ser un hombre y una mujer, es decir, personas de diferentes sexos, y por otra parte, la finalidad de procreación del matrimonio. Además agrega que el actual concepto representa una exclusión arbitraria respecto de un número importante de habitantes. El proyecto queda redactado de la siguiente forma:

Artículo Único. Modifíquese el artículo 102 del Código Civil en el siguiente sentido:

a.- Suprímase la expresión “de un hombre y una mujer” por “dos personas”

b.- Elimínese la frase “de procrear”.

El proyecto se encuentra actualmente archivado por la comisión de familia, en el primer trámite constitucional.

ii. Año 2010 proyecto de Matrimonio Igualitario³²⁷ liderado por el senador Fulvio Rossi

El Movimiento de liberación homosexual (MOVILH) junto con los senadores Fulvio Rossi, Isabel Allende, Guido Girardi y Ricardo Lagos Weber, redactaron un proyecto de matrimonio igualitario, el cual fue ingresado al senado el 3 de agosto de 2010. Este proyecto fue muy similar al presentado el año 2008, acerca del contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo.

Al igual que el proyecto del año 2008, se señala como antecedente la antigüedad del Código Civil. Desde ese entonces, se han realizado una serie de modificaciones debido a los cambios sufridos por la sociedad, sin

³²⁷ CHILE. Boletín 7099-07. Senado

embargo, estas modificaciones no han tocado ciertos regímenes contractuales, a los que se les ha atribuido un carácter de inmutables, “atendido que el derecho de familia, se estructura a partir de definiciones y conceptos en que no se puede separar de planteamientos ideológicos, de índole ético o religioso, o que incluso se encuentran incardinadas en un conjunto estratégico de saber y poder.”³²⁸ De lo anterior se desprende que muchos juristas tengan una opinión contraria a regular uniones homosexuales, estableciendo una diferenciación entre las conductas sexuales conformes a la dignidad humana, y las conductas que contradicen dicha dignidad. La homosexualidad se encontraría en la segunda categoría ya que la consideran como una suerte de trastorno o anomalía contraria a la legislación familiar.

El proyecto hace referencia a la definición de matrimonio contemplado en el Código Civil, considerando que es insatisfactoria, por lo que consideran necesario modificar dicho concepto. Señalan que es evidente la orientación económica que subyace en el contrato matrimonial, considerando que debe admitirse una revisión en dos sentidos.

³²⁸ Proyecto matrimonio igualitario 2010

En primer lugar, la propia ley reconoce que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, por tanto no pudiese estar condicionado al ejercicio de su orientación sexual, lo cual sería discriminatorio. Por tanto se desprende que “si hay derechos para cuya titularidad se exige la condición de ser humano, esos derechos -atendido que la humanidad se presenta en todos- deben también ser distribuidos igualitariamente.”³²⁹ A esta forma de igualdad, se le denomina igualdad en la distribución de los derechos. En cuanto a la finalidad de procreación del matrimonio, cabe lugar una discusión ya que no resulta una restricción exclusiva de las parejas homosexuales, sino que también lo sería para las parejas heterosexuales que por alguna patología no pudiese cumplir este fin.

Luego en relación con la naturaleza jurídica contractual del matrimonio, el proyecto hace referencia a la tendencia en las legislaciones comparadas de modificar el concepto, eliminando la referencia al sexo de los contrayentes, así como la finalidad de procreación.

El objetivo del proyecto presentado consistió en modificar el actual concepto de matrimonio, eliminando dos características. En primer lugar, el

³²⁹ Ibid.

requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer y la finalidad de procreación. Señalan que el actual concepto representa una exclusión arbitraria respecto de un gran número de habitantes.

Finalmente mencionan que deberán también realizarse una serie de adecuaciones en la ley de matrimonio civil y otras para lograr la armonía.

El proyecto señala principalmente:

Art. 1°. Modifíquese el artículo 102 del Código Civil en el siguiente sentido:

1) sustitúyase la expresión “un hombre y una mujer” por “dos personas”.

2) suprimase la frase “de procrear”.

Art. 2°. Para modificar la ley núm. 19.947 sobre matrimonio civil en el siguiente sentido:

1.- en el inciso segundo, numeral 4) del Art. 54, para agregar a continuación de la palabra “homosexual”, la siguiente expresión “en el caso del matrimonio entre un hombre y una mujer”.

2.- para suprimir en el inciso primero del Art. 80 la expresión “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”.

El proyecto se encuentra archivado desde marzo del 2014.

5. Análisis crítico de los proyectos

En primer lugar, cabe señalar la importancia que trae para la sociedad chilena la existencia de estos proyectos de ley. Pese a que éstos no han prosperado, no nos detendremos a analizar los motivos de ese estancamiento, el hecho de debatir sobre este tipo de temas trae a la palestra pública la discusión acerca de la temática homosexual, lo que acarrea un movimiento social y cultural más amplio que busca reconocer este tipo de uniones.

Haciendo referencia ahora al fondo de los proyectos en cuestión, como crítica general cabe señalar que son bastante incompletos, ya que se centran en regular un determinado aspecto, como modificar el artículo 102 del Código Civil, que pese a ser el centro de la exclusión que sufren los homosexuales, no es el único artículo con una visión héteronormativa. Por el contrario, hay un gran número de preceptos a lo largo de todo el

ordenamiento jurídico chileno que establecen algún tipo de discriminación y que también deben ser modificados, por lo que hace falta un proyecto completo que además de modificar el concepto de matrimonio regule todas las demás materias atinentes al tema que provocan un menoscabo para las parejas homosexuales, especialmente en materias de filiación y adopción.

Finalmente agregar, que además de la necesidad de formular estos proyectos, es esencial para que estos puedan llegar a buen puerto, la labor del ejecutivo en materia de urgencias, ya que si no es promovido insistentemente por el ejecutivo, no hay posibilidad alguna de que estos proyectos logren tramitarse, al menos no dentro de un número prudente de años.

6. ¿Unión de Hecho o Matrimonio Igualitario?

En relación a la posibilidad de regular las relaciones homosexuales como uniones de hecho o directamente como matrimonio homosexual, considero que en base a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como nuestra Constitución Política de la República, Chile debiese aspirar a consagrar un matrimonio igualitario, ya

que las uniones de hecho pese a ser útiles, siguen discriminando y privando a un grupo de personas de poder celebrar un matrimonio.

Creemos que regular las uniones de hecho homosexuales, de todas formas, es un paso previo que posiblemente nuestro país va a tener que pasar, y que claramente tiene aspectos positivos que ayudan a comenzar a otorgar derechos a este amplio grupo de personas, así como también a instaurar en el debate nacional esta temática. Pero no es suficiente estancarnos solo en aprobar el “acuerdo de vida en pareja” que se encuentra actualmente en tramitación en el congreso, y considerar que el trabajo ya está hecho.

Como sociedad que promueve principios como la igualdad y la dignidad de todas las personas, es necesario consagrar una institución verdaderamente igualitaria y que otorgue los mismos derechos y deberes a las parejas que desean regular su situación, por tanto optamos por la opción de modificar el concepto actual de matrimonio contemplado en el Código Civil y los consiguientes cambios al ordenamiento jurídico nacional para hacerlo armónico con lo propuesto.

La institución del matrimonio no regula exclusivamente aspectos patrimoniales, además tiene un componente social de reconocimiento que

consideramos esencial y del cual se encuentra desprovisto cualquier unión de hecho que se regule. El matrimonio corresponde a una suerte de rito, donde dos personas públicamente consienten en querer estar juntos y la sociedad en su conjunto les brinda un reconocimiento a esta unión que celebran, por lo tanto es insuficiente otorgar el mismo número de derechos para parejas homosexuales y heterosexuales, si no existe el derecho para que todas las personas tengan la posibilidad de obtener este reconocimiento social.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación, hemos logrado obtener las siguientes conclusiones:

1. En relación a la evolución histórica que se ha desarrollado en torno a la búsqueda de igualdad de derechos para las personas. Todos los grandes grupos discriminados durante todos los tiempos han pasado por un proceso similar para lograr reconocimiento de sus derechos y terminar con la discriminación contra ellos. Como es el caso de las mujeres, de las personas de distintas razas, de los discapacitados, etc. Estos avances se han ido desarrollando gradualmente a través del tiempo y en el caso de los homosexuales sucede lo mismo.
 - a. En casi todos los países del mundo, se ha seguido una serie de pasos en relación al otorgamiento de derechos a los homosexuales. En primer lugar se ha luchado por la despenalización de la homosexualidad, la cual se encontraba prohibida en gran parte del mundo, luego por el reconocimiento de las relaciones para terminar en una igualdad de hecho que

consagre los mismos derechos que a los heterosexuales, incluyendo el matrimonio y adopción.

- b. Chile hasta la actualidad se encuentra en un punto medio entre el primer y segundo paso, ya que no contempla ningún tipo de reconocimiento a las parejas homosexuales, no hay legislación de uniones de hecho ni de matrimonio homosexual. La única mención que hay en el ordenamiento jurídico en favor de este grupo, es en la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, y menciona la orientación sexual como una de las categorías en base a las cuales no se puede establecer una distinción.
- c. En nuestro Código Penal aún queda un vestigio de la penalización de la sodomía, el artículo 365 establece como delito el acceso realizado por un mayor de 18 años a un menor de entre 14 y 18 años. Situación que demuestra lo atrasado que se encuentra Chile en esta materia, y lo discriminatorio que resulta este precepto, ya que se penaliza el actuar solo en el caso de que sean hombres quienes lo realicen (el lesbianismo no está penado) y las parejas heterosexual de esa misma edad si pueden

tener relaciones sexuales de forma consentida. Por tanto solo se establece que los menores de 18 y mayores de 14 hombres no pueden tener relaciones sexuales.

d. En este avance gradual esperamos que Chile empiece a concretar las peticiones que la sociedad espera, comenzando con la modificación o derogación del artículo 365 del Código Penal, para continuar con el reconocimiento gradual de derechos para los homosexuales.

2. En cuanto al derecho a la igualdad ante la ley consagrado en la Constitución, éste se ve afectado debido a la falta de reconocimiento que sufren las parejas homosexuales, ya que este derecho se ha entendido como el deber de otorgar normas jurídicas iguales para situaciones que sean comparables. En este caso tanto homosexuales como heterosexuales tienen claramente un punto de partida común en tanto son seres humanos que quieren consciente y voluntariamente regular sus vidas, por lo cual es inconstitucional tratar desigualmente a estas igualdades esenciales.

a. La única manera de establecer una distinción en el trato de grupos de personas es en la medida que esta sea razonable,

objetiva y la medida sea idónea para un fin legítimo. Por tanto no puede basarse en motivos morales o religiosos, ya que estos carecen de la objetividad requerida, ya que varían según la creencia de cada persona.

b. El ordenamiento jurídico actual chileno, al distinguir ante el derecho a contraer matrimonio entre las parejas heterosexuales y homosexuales, establece una distinción arbitraria, que carece de objetividad y de razonabilidad ya que se basa esencialmente en aspectos morales, por lo que contraría el derecho a la igualdad ante la ley.

3. Hemos logrado desprender a lo largo de esta investigación que no existe un concepto unívoco del término familia. Determinar esto tiene suma importancia, ya que la Constitución establece como un deber del Estado, el proteger y fomentar a la familia. Y en la medida de que el propio texto constitucional no establece un concepto claro de qué sujetos deben recibir esta protección, y ni la doctrina nacional, ni la jurisprudencia del tribunal constitucional, ni los Tratados Internacionales, están contestes en qué es la familia, no corresponde interpretar dicho termino de modo restringido.

- a. Al referirse la Constitución a materias que se otorguen o reconozcan derechos a las personas, estos preceptos deben interpretarse según la doctrina de la forma más amplia posible.
- b. La constitución se interpreta de una forma distinta a las demás normas jurídicas ya que es una norma política. Dentro de los criterios que hay que tomar en cuenta al momento de hacer el trabajo interpretativo, es considerar la evolución social que ha ocurrido, ya que las instituciones no se petrifican en el tiempo sino que van variando, y el texto constitucional debe ir avanzando con dicha evolución, por lo cual no es válido señalar que la institución matrimonial debe mantenerse intacta porque siempre ha sido considerada de determinada manera.
- c. Por todo lo anterior, los sujetos que componen una familia en nuestro país, no pueden restringirse a únicamente los matrimonios heterosexuales con los hijos que nazcan producto de esto. Ya que esa situación se aleja completamente de la realidad que se vive en Chile, y en el caso de que solo esas personas tuvieran protección estatal, se estaría excluyendo a la

mayoría de los habitantes de la república, cuyas familias no están compuestas de ese modo tradicional.

d. Una serie de Tratados Internacionales ratificados por Chile garantizan el derecho de todas las personas a formar una familia, por lo cual no puede considerarse que esta se crea únicamente en base al matrimonio ya que quedarían excluidas muchas personas que no quieren o no pueden casarse. Y además los tratados garantizan el derecho de las personas a casarse, por lo cual restringir esta institución a un grupo determinado de personas también vulnera estos tratados.

4. En relación a los países que en la actualidad aprueban el matrimonio homosexual cabe señalar que son 16 países a lo largo del mundo y muchos otros han creado instituciones que reconocen las uniones de hecho homosexual. Europa ha sido el continente que más se ha abierto a esta institución, seguido de América. África y Asia aún se encuentran bastante atrasadas en esta materia, ya que hay países que hasta la actualidad condenan con pena de muerte la homosexualidad, situación que ya no ocurre en otros continentes.

- a. Los países que han aprobado el matrimonio homosexual lo han hecho a través de modificaciones legales, principalmente cambios en el Código Civil y en las leyes de matrimonio, en ningún caso se ha requerido un cambio a nivel constitucional.
 - b. El proceso que han seguido la mayoría de los países que actualmente aprueban el matrimonio se inició con el reconocimiento de uniones de hecho homosexual, y posteriormente se consagró el matrimonio propiamente tal.
5. En relación a los fallos analizados cabe concluir que todos ellos marcaron un precedente importante para los países donde se fallaron. Tuvieron en común el reconocimiento de que estableciendo distinciones en base a la orientación sexual de las personas se vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.
- a. En ciertos casos el pronunciamiento se realizó post proclamación de la ley que permite el matrimonio homosexual, como es el caso español, y en otros casos, producto del fallo, se legisló acerca del matrimonio homosexual, como es el caso de Argentina y Uruguay. En el caso de Estados Unidos, al tener cada Estado su propia legislación, depende de cada uno de ellos

reconocer el matrimonio homosexual, pero a nivel nacional el matrimonio dejó de ser exclusivamente entre un hombre y una mujer.

b. El caso chileno es distinto, ya que tras el fallo de la Corte Interamericana contra el Estado chileno, por discriminar en base a la orientación sexual de la recurrente, no se han reconocido en Chile aun las parejas homosexuales, por lo que estamos bastante atrasados en esta materia.

6. En cuanto a la situación en nuestro país, es importante concluir que para el logro de un efectivo reconocimiento de los derechos a los homosexuales hace falta únicamente un cambio a nivel legal, en ningún caso constitucional, ya que como vimos anteriormente, la carta Magna contempla conceptos abiertos, donde perfectamente cabe la posibilidad de reconocimiento de las uniones homosexuales.

a. Este cambio legal debe referirse, además del evidente cambio al artículo 102 del Código Civil, a una serie de otros preceptos del ordenamiento jurídico que contemplan situaciones de familia, materias tales como estatuto filiativo, adopción y derecho sucesorio, entre otros.

7. Hasta la actualidad se han presentado una serie de proyectos que buscan reconocer derechos para los homosexuales, ninguno de estos ha prosperado por el momento, por lo cual concluimos que se necesita una labor efectiva tanto del ejecutivo como del legislativo para llevar adelante estos proyectos. La sociedad ya ha manifestado durante los últimos años su convicción para regular estas situaciones y promover la igualdad de derechos, por lo cual es labor del Estado concluir estos proyectos, en pos de lograr construir un país más igualitario.
8. Como conclusión final debemos señalar que a la luz de lo estudiado, el matrimonio homosexual es constitucional y podría ser aplicado sin requerirse modificar la Carta Magna. Esto es posible ya que la Constitución no hace referencia a la institución del matrimonio, solamente se refiere a la familia, y lo hace en términos lo suficientemente amplios, como para incluir dentro de esta a todo tipo de familias existentes hoy en día en nuestra sociedad. Y en base al trabajo de interpretación de la constitución que hemos realizado previamente, podemos concluir que no existen motivos para considerar a la familia que debe ser protegida por el Estado como la familia nuclear compuesta por un padre, madre y los hijos comunes.

9. Tomamos en consideración a lo largo de este trabajo una serie de fuentes indirectas, como jurisprudencia internacional y leyes de diferentes países, para tenerlas como una referencia del camino que debiesen seguir los distintos Poderes Estatales de nuestro país, para lograr consagrar una verdadera igualdad sustancial entre sus habitantes.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. **CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS.** 2008. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I. segunda edición actualizada. Santiago de Chile.
2. **CORRAL TALCIANI, HERNÁN.** 1994. Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia. Ediciones Universidad de los Andes. Santiago de Chile.
3. **CORRAL TALCIANI, HERNÁN.** 2011. Matrimonio entre parejas del mismo sexo. Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile.
4. **DIEZ URZÚA, SERGIO.** 1976. Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), Sesión 191, 18 de Marzo.
5. **EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE.** 1976. Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), Sesión 191, 18 de Marzo.
6. **FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO.** 1995. Persona, Pareja y Familia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
7. **GAZMURI RIVEROS, CONSUELO.** 1996. Uniones de hecho: Algunos antecedentes y problemáticas de la regulación jurídica de sus efectos. En: Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

8. **JIMÉNEZ LARRAÍN, FERNANDO**. 1994. El concepto de familia en la Constitución Política de Chile, EN: XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Tomo II.
9. **JIMÉNEZ, ROLANDO**. 2011. Matrimonio entre parejas del mismo sexo, Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile.
10. **LOPEZ DÍAZ, CARLOS**. 2005. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Santiago de Chile, LOM Ediciones.
11. **OVALLE QUIROZ, JORGE**. 1976. Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC). Sesión 191, 18 de marzo.
12. **PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS**, 1996. ¿Hay razones constitucionales fuertes en favor de un estatuto igualitario? En: Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
13. **RUDZINSKY, JAVIER**. [s.a] Interpretación Constitucional. Buenos Aires.
14. **SHELTON, DINAH**. [s.a] Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos.
15. **SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO**. 1997. Tratado de Derecho Constitucional. Segunda edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
16. **SILVA, LUIS ALEJANDRO**. 2012. La supremacía constitucional: Fundamento y Límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Público UDP.

17. **SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL.** 1963. Derecho de Familia. Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Nascimento.
18. **TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO.** 2008. Del Derecho de Familia hacia un Derecho de Las Familias. EN: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil. Santiago de Chile, Legal Publishing.
19. **TAPIA VALDES, JORGE.** [s.a] Hermenéutica constitucional. La interpretación de la constitución en Sudamérica. 1973. Editorial Jurídica de Chile.
20. **TURNER SAELZER, SUSAN.** 2008. Uniones de Hecho y su regulación legal. EN: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil. Santiago de Chile, Legal Publishing.

REVISTAS Y PERIÓDICOS

21. **CONTRERAS MATUS, PAMELA ANDREA.** 2005. Interpretación Constitucional: Un régimen especial. Revista Derecho y Humanidades. N°11.
22. **DEL PICÓ RUBIO, JORGE.** 2011. Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno. Revista Ius et Praxis, Año 17, (N° 1).

- 23.**DIEZ URZÚA, SERGIO**. 2010. El futuro de la familia: ¿Cónyuge A + Cónyuge B? El Mercurio, Reportajes, Santiago de Chile, Domingo 4 de Julio.
- 24.**MARTÍN SANCHEZ, MARÍA**. 2008. El Derecho Constitucional al Matrimonio Homosexual en España. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. N°13 enero-junio 2010.
- 25.**NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE**. 2004. Constitución y Familia. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Año VIII n°8.
- 26.**PRECHT PIZARRO, JORGE**. 1993. Constitución y Divorcio Vincular, en Revista de Derecho Público. 53 – 54.
- 27.**RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ELI**. 2010. Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los Código Civil y de Procedimientos Civiles. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. N° 128.
- 28.**ROSENDE ÁLVAREZ, HUGO**. 2005. Algunas consideraciones acerca de los efectos unitarios de la filiación matrimonial y extramatrimonial", Revista de Derecho y, Jurisprudencia. RDJ t. XCII, primera parte, p. 1. En RAMOS PASOS, RENÉ. DERECHO DE FAMILIA TOMO 1. Editorial Jurídica de Chile. Quinta edición. Santiago de Chile.
- 29.**SOTO KLOSS, EDUARDO**. 1994. La familia en la Constitución Política, Revista Chilena de Derecho. 21 N° 2.
- 30.**ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO**. 1990. La interpretación de la Constitución. Revista Chilena de Derecho. Vol 17.

RECURSOS EN LÍNEA

LIBROS Y REVISTAS ELECTRÓNICAS

1. **CORRAL TALCIANI, HERNÁN.** Regulación legal de las uniones homosexuales. Un contrasentido para el derecho de familia. [En línea]
<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/unioneshomosex.pdf>
2. **REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** 2013 [En línea]
www.rae.es
3. **ROBLES, VÍCTOR HUGO.** 2009. Bandera Hueca. [En línea]:
<http://banderahueca.blogspot.com>

PRENSA NACIONAL

4. **24 HORAS.** Televisión Nacional de Chile: [En línea]:
<http://www.24horas.cl>
5. **BIO BIO CHILE.** [En línea]: <http://www.biobiochile.cl>
6. **PERIODICO CAMBIO 21.** [En línea]: <http://cambio21.cl>
7. **DIARIO LA TERCERA.** [En Línea]: <http://www.latercera.cl>
8. **TEJEMEDIOS.** [En línea]: <http://www.tejemedios.cl>
9. **TERRA.** [En línea]: <http://noticias.terra.cl>

PRENSA INTERNACIONAL

10. **ACE PRENSA** [En línea]: <http://www.aceprensa.com>
11. **AFROL NEWS** [En línea]: www.rebellion.org
12. **AMBIENTE G** [En línea]: <http://www.ambienteg.com>

13. **BBC NEWS**. [En línea]: <http://news.bbc.co.uk>
14. **CAMBIO 16 DIARIO DIGITAL** [En línea]: <http://cambio16.es/>
15. **CNN MEXICO**. [En línea]: <http://mexico.cnn.com>
16. **COYUNTURA ECONÓMICA** [En línea]
<http://coyunturaeconomica.com>
17. **E NEWSPAPER** [En línea]: <http://www.ene newspaper.mx>
18. **PERIÓDICO EL MUNDO** de España: [En línea]:
<http://www.elmundo.es>
19. **DE VOIR ET MEMOIRE** [En línea]: <http://www.devoiretmemoire.org>
20. **DIARIO EL PAÍS**. [En línea]: <http://sociedad.elpais.com>
21. **THE GUARDIAN** [En línea]: <http://www.theguardian.com>
22. **LA JORNADA** [En línea]: <http://www.jornada.unam.mx>
23. **DIARIO LA NACIÓN** De Argentina [En línea]:
<http://www.lanacion.com.ar>
24. **DIARIO LA REPÚBLICA** De Perú [En línea]:
<http://www.larepublica.pe>
25. **NCI TV IBEROAMERICA**. [En línea]: <http://www.nci.tv>
26. **NEW YORK TIMES**. [En línea]: <http://www.nytimes.com>
27. **NOTIESE** [En línea]: <http://www.notiese.org>
28. **PERIÓDICO PÁGINA 12** [En línea]: <http://www.pagina12.com.ar>
29. **PINK NEWS** [En línea]: <http://www.pinknews.co.uk>
30. **PUBLICO.ES** [En línea]: <http://www.publico.es/actualidad/>
31. **UNIVISION NOTICIAS** [En línea]: <http://noticias.univision.com>
32. **EL UNIVERSAL** [En línea]: <http://www.eluniversal.com.mx>

PÁGINAS WEB

33. **AMNISTIA INTERNACIONAL MÉXICO** [En línea]:
www.amnistia.org.mx
34. **BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. BLOG LEGAL** [En línea]: <http://bloglegal.bcn.cl>
35. **GÉNERO Y DIVERSIDAD** [En línea]: www.generoydiversidad.org
36. **FUNDACIÓN IGUALES** [En línea]: <http://www.iguales.cl>
37. **INTERNET ARCHIVE** [En línea]: <http://archive.org/web/>
38. **KAOS EN LA RED** [En línea]: <http://www.kaosenlared.net>
39. **MÁS POR MÁS** [En línea]: <http://www.maspormas.com/>
40. **MEMORIA CHILENA** [En línea]: <http://www.memoriachilena.cl>
41. **MOVIMIENTO DE LIBERACIÓN HOMOSEXUAL (MOVILH)**
[En línea]: <http://www.movilh.cl>
42. **MUMS** [En línea]: <http://www.mums.cl/>
43. **PROYECTO VIH URUGUAY** [En línea]:
<http://proyectovihuruguay.org>
44. **SOBRE HISTORIA** [En línea]: <http://sobrehistoria.com>

ANEXO 1

JURISPRUDENCIA ANALIZADA

Nacional

Tribunal Constitucional (Todas disponibles en línea en www.tribunalconstitucional.cl)

1. **Rol 33-1985:** Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones.
2. **Rol 280-1998:** Requerimiento de Diputados acerca del proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas.
3. **Rol 318-2000:** Control de constitucionalidad del proyecto de ley que regula el derecho de visita a los hijos sometidos a la tuición de uno de los padres
4. **Rol 329-2001:** Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que modifica la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y pago de Pensiones Alimenticias.
5. **Rol 1217-2008:** Requerimiento de inaplicabilidad de José Tomás Rojas Rivera respecto del artículo 104 de la Ley General de Bancos.
6. **Rol 1254-2008:** Requerimiento de inconstitucionalidad del Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie,

en representación de dicha entidad respecto del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.

7. **Rol 1273-2008:** Requerimiento de inaplicabilidad de María Angélica Valenzuela Marquez, respecto del artículo 38 ter de la Ley 18.933.
8. **Rol 1307-2009:** Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pauline Jeanneret Elsner, respecto del artículos 22 y 25, N° 2 de la Convención de Varsovia
9. **Rol 1502-2009:** Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Nelson Arnaldo Pino San Martín, respecto del artículo 277 del Código Procesal Penal.
10. **Rol 1710-2010:** Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley 18.933
11. **Rol 1881-2010:** Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil.

Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos

12. Caso Karen Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile. Sentencia año 2012
Texto Completo del fallo disponible en línea en:
http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

13. Caso Toonen Vs. Australia. Comunicación N° 488 año 1992

Texto Completo del fallo (en inglés) disponible en línea en: <http://www.ccprcentre.org/wp-content/uploads/2013/04/488-1992-Toonen-v-Australia.pdf>

Tribunal Constitucional Español

14. Recurso de Inconstitucionalidad. Rol 6864-2005. Sentencia N° 198 año 2012

Texto Completo del fallo disponible en línea en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23106>

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos

15. Caso Edith Windsor vs. Estados Unidos. Sentencia N° 307 año 2012

Texto Completo del fallo (en inglés) disponible en línea en: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf

16. Caso Hollingsworth vs. Perry. Sentencia N° 144 año 2012

Texto Completo del fallo (en inglés) disponible en línea en: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-144_8ok0.pdf

Tribunal Constitucional Alemán

17. Pronunciamiento de Constitucionalidad del 17 de Julio de 2002 sobre ley de unión civil.

Texto Completo del fallo disponible en línea en: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2002/07/fs20020717_1bvf000101en.html

Corte Constitucional de Italia

18. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia 138/2010

Juzgado Letrado de Familia de Montevideo de la República Oriental de Uruguay

19. Resolución N° 1940 año 2012.

Texto Completo del fallo disponible en línea en:
<http://sociedip.files.wordpress.com/2013/12/uruguay-juzgado-letrado-de-familia-28-sentencia-nro-140-de-05-06-2012.pdf>

Corte Constitucional de Colombia

20. Acciones de Inconstitucionalidad D8367 y D8376. Sentencia N° 577 año 2011

Texto Completo del fallo disponible en línea en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-577-11.htm>

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

21. Acción de Inconstitucionalidad. Sentencia N° 02 año 2010

Texto Completo del fallo disponible en línea en:
<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=115026>

Poder Judicial Ciudad Autónoma de Buenos Aires

22. Acción de Amparo. Expediente N° 34292 año 2009. Freyre Alejandro contra GCBA

Texto Completo del fallo disponible en línea en:
<https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fportalacademico.derecho.uba.ar%2Fcategorias%2Farchivos%2Fcategorias%2F105%2Ffallo%2520matrimonio%2520gay%2520de%2520seijas%252010-11->

09.doc&ei=shrLU6yZFO7gsASN2oLQCQ&usg=AFQjCNE2u4v7QV49JS6Sw8nWqO
w4g93UEQ&sig2=XngxrtHDPacBqez3rK2ecg

ANEXO 2

TRATADOS INTERNACIONALES UTILIZADOS

1. Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. 1958
2. Declaración Universal de Derechos Humanos
3. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
5. Pacto San José de Costa Rica
6. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
7. Convención de los Derechos del Niño
8. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
9. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
10. Convención Americana de Derechos Humanos
11. Carta Democrática Interamericana.

ANEXO 3

LEGISLACIÓN UTILIZADA

Nacional

1. Constitución Política de la República
2. Código Civil
3. Código Penal
4. Código de Comercio
5. Ley 19.947 que establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil
6. Ley 20.609 que establece Medidas Contra la Discriminación
7. Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias
8. Boletín 3283-18. Proyecto contrato de unión civil entre personas del mismo sexo. Ingreso Julio 2003
9. Boletín 5774-18. Proyecto de Unión civil entre personas del mismo sexo. Ingreso Marzo 2008
- 10.Boletín 5780-18. Proyecto Matrimonio Igualitario. Ingreso en marzo de 2008
- 11.Boletín 7011-07. Proyecto de Acuerdo de Vida en Común. Ingreso Junio 2010
- 12.Boletín 7099-07. Proyecto de Contrato de Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ingreso en Agosto de 2010.
- 13.Boletín 7873-07. Proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja. Ingreso Agosto de 2011

Internacional

Argentina:

14. Constitución Argentina

15. Código Civil Argentina

16. Ley 26.618 de Matrimonio homosexual

Texto Completo de la ley disponible en línea en: https://www.colegio-escribanos.org.ar/normas/Ley_26618-2010.pdf

Uruguay:

17. Constitución Uruguay

18. Código Civil Uruguay

19. Ley 18.590. Código de la Niñez y la Adolescencia

Texto Completo de la ley disponible en línea en:
<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18590&Anchor=>

20. Ley 18.246 de Unión Concubinaria Uruguay

Texto Completo de la ley disponible en línea en:
<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=>

21. Ley 19.075 de Matrimonio Homosexual

Texto Completo de la ley disponible en línea en:
<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=19075&Anchor=>

Colombia

22. Constitución Política de Colombia

23. Código Civil de Colombia

España

24. Constitución Española

25. Código Civil Español

26. Ley de Vagos y Maleantes de 1954

Texto Completo de la ley disponible en línea en:
<http://leopoldest.blogspot.com/2013/02/ley-de-vagos-y-maleantes-1933-revisada.html>

27. Ley N° 13 de 2005. Jefatura del Estado. Modificación al Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio. Julio de 2005

Texto Completo de la ley disponible en línea en:
<http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf>

México

28. Constitución Mexicana

29. Código Civil del Distrito Federal de México

30. Código Civil del Estado de Quintana Roo

Australia

31. Código Penal de Tazmania

Holanda

32. Código Civil Holandés

33. Bill. N° 26672. Ley de apertura del matrimonio

Texto Completo de la ley (en neerlandés) disponible en línea en:
http://books.google.cl/books?id=TVb_X1ClzvMC&lpg=PA298&ots=qU2BCGOG0-&dq=1.%20Indien%20twee%20personen%20aan%20de%20ambtenaar%20van%20de%20burgerlijke%20stand%20kenbaar%20maken%20dat%20zij%20het%20huwelijk%20dat%20zij%20zijn%20aangeaan%20omgezet%20wensen%20te%20zien%20in%20een%20geregistreerd%20partnerschap%20kan%20de%20ambtenaar%20van%20de%2

0burgerlijke%20stand%20van%20de%20woonplaats%20van%20%C3%A9%C3%A9n
%20der%20partijen%20ter%20zake%20een%20akte%20van%20omzetting%20opmake
n.%20Indien%20de%20echtgenoten%2C%20van%20wie%20ten%20minste%20%C3%
A9%C3%A9n%20de%20Nederlandse%20nationaliteit%20bezit%2C%20buiten%20Ned
erland%20woonplaats%20hebben%20en%20in%20Nederland%20hun%20huwelijk%20
willen%20omzetten%20in%20een%20geregistreerd%20partnerschap%2C%20geschiedt
%20de%20omzetting%20bij%20de%20ambtenaar%20van%20de%20burgerlijke%20sta
nd%20te%20%E2%80%99s-Gravenhage.&hl=es&pg=PA295#v=onepage&q&f=false

Bélgica

34.Código Civil Belga

35.Ley matrimonio homosexual Bélgica

Texto Completo de la ley (en neerlandés y francés) disponible en línea en:
<http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/50/2165/50K2165001.pdf>

Canadá

36.Ley C-38 de matrimonio homosexual Canadá

Texto Completo de la ley (en inglés y francés) disponible en línea en:
http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1

Sudáfrica

37.Ley nacional sobre matrimonio

Texto Completo de la ley (en inglés) disponible en línea en:
jurist.law.pitt.edu/pdf/SACivilUnionBilldraft.doc

Noruega

38.Ley de Matrimonio homosexual Noruega

Nueva Zelanda

44.Ley de Matrimonio homosexual Nueva Zelanda

Texto Completo de la ley (en inglés) disponible en línea en:
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2013/0020/latest/whole.html>

Francia

45.Código Civil Francés

46. Ley de Matrimonio homosexual Francia

Texto Completo de la ley (en francés) disponible en línea en:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&dateTexte&categorieLien=id>

Reino Unido

47.Ley de Matrimonio Civil Escocia

Texto Completo de la ley (en inglés) disponible en línea en:
<http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/contents/enacted>

48.Ley de Matrimonio Civil Inglaterra y Gales

Texto Completo de la Ley (en inglés) disponible en línea en:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/body/enacted>