



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile:
Hacia una construcción jurisprudencial nacional a partir
de los derechos humanos

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

RICARDO MATÍAS BUENDÍA ESTEBAN
OSCAR RONALD DOUGLAS CUDE

PROFESOR GUÍA: JOSÉ ZALAUQUETT DAHER

Santiago, Chile

2012

Índice de contenidos

Resumen	4
Introducción	5
Capítulo I: La evolución de las actitudes, tendencias sociales y legales hacia los LGBT.	9
1.1 Reseña histórica	9
1.2 Actualidad	16
1.2.1 África	17
1.2.2 Asia	19
1.2.3 América	20
1.2.4 Europa	30
Capítulo II: Evolución histórica de la institución del matrimonio en Chile. Discriminación de los LGBT en Chile	35
2.1 Evolución histórica de la noción legal de matrimonio en Chile	35
2.2 Discriminación de los LGBT en Chile	43
2.2.1 Discriminación laboral	45
2.2.2 Discriminación legal	48

2.2.3.	Discriminación por parte de organismos públicos	50
2.2.4.	Discriminación por parte de los tribunales de justicia	51
2.2.4.1	El Caso Jueza Karen Atala ante organismos internacionales de Derechos Humanos	57
2.2.5	Discriminación en colegios	69
2.2.6	Discriminación en diversos medios de comunicación social	71
2.2.7	Ley Antidiscriminación	73
	Capítulo III: Análisis del derecho comparado respecto de las uniones entre personas del mismo sexo	77
3.1	El análisis de casos señeros	77
3.1.1	Países Bajos	78
3.1.2	España	81
3.1.3	Massachusetts	84
3.1.4	California	91
3.1.5	Canadá	96
3.1.6	Sudáfrica	100
3.1.7	Argentina	103
3.2	Otros tipos de Asociaciones	109
3.2.1	Reino Unido	110
3.2.2	Colombia	111

3.3	Análisis de las razones en que se han basado la jurisprudencia y la legislación de diversos países para aceptar y rechazar las uniones entre personas del mismo sexo	116
3.3.1	Análisis jurisprudencial, principios comunes y discusiones relevantes	117
	Capítulo IV: Situación de las uniones entre individuos del mismo sexo en Chile	132
4.1	Situación actual	137
4.2	Posibilidad de implementación de una normativa respecto de estas uniones, a partir de los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes	137
4.3	Admisibilidad en Chile de las uniones entre personas del mismo sexo, utilizando las razones empleadas por la jurisprudencia y legislaciones extranjeras seleccionadas	147
	Conclusiones	168
	Bibliografía	178

Resumen

En Chile las personas y grupos LGBT carecen de un marco jurídico que regule sus relaciones afectivas reconocidas por el Estado. El presente trabajo se basa en la construcción de argumentos para que ello sea posible, tomando como base la jurisprudencia nacional, y la experiencia comparada. La memoria describe la evolución de estas experiencias y sus conclusiones y avanza la conclusión de que una construcción normativa de dichas relaciones afectivas es posible y necesaria.

Introducción

Hoy -como nunca antes en la historia de la civilización occidental- vivimos en un mundo interconectado, compuesto por un creciente número de sociedades democráticas y pluralistas, en las que conviven diversos idiomas, credos, razas, posiciones políticas y cosmovisiones personales de la sociedad, así como diversas concepciones éticas y morales. Esta situación representa un escenario más complejo y completo de lo que son los seres humanos, su autenticidad y su derecho a la búsqueda de la felicidad personal y colectiva.

La sexualidad es un elemento clave para la construcción de una identidad propia y para el desarrollo humano. En efecto, esta dimensión de la personalidad del género es la base sobre la cual se configuran las normas morales o jurídicas que configura dicha identidad.

Es con base en lo anterior que creemos relevante dedicar nuestros esfuerzos al estudio de algunas experiencias nacionales y comparadas sobre la sexualidad, especialmente de las construcciones argumentativas sobre el imperativo de igualdad de trato legal respecto de identidades sexuales alternativas. Es así como consideramos importante investigar la evolución del pensamiento sobre estas materias en casos seleccionados -especialmente jurisprudenciales- donde se ha permitido el matrimonio entre personas del

mismo sexo, buscando los mejores y más contundentes argumentos a favor y en contra, junto con estudiar la evolución de la realidad chilena y comparada a propósito de ello, para finalmente sintetizarlos y de esta forma construir un cúmulo de argumentaciones debidamente contextualizadas que nos permitan determinar que el matrimonio entre personas del mismo sexo es posible en Chile. Buscamos con ello contribuir al enriquecimiento del debate al respecto, así como exponer las serias deficiencias legales de nuestro sistema, a propósito de expresiones del sexo y el género, en su reconocimiento y protección.

En definitiva, queremos demostrar que en Chile se discrimina a los LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales) por su condición de tales en ámbitos muy extensos de la sociedad, incluido el relacionado con el derecho. Ello nos sirve para poner de manifiesto y denunciar que en los fallos y discusiones legislativas nacionales, en comparación con la jurisprudencia y discusiones parlamentarias extranjeras, no existen razones de peso para impedir el acceso a personas y grupos LGBT a la institución estatal del matrimonio civil.

Para demostrar lo anterior, utilizaremos principalmente referencias jurisprudenciales, opiniones de miembros de altos tribunales nacionales y extranjeros, discusiones parlamentarias, opiniones de abogados de las partes,

como también referencias periodísticas y doctrinarias. Intentaremos ser claros y sistemáticos a la hora de abordar la problemática en estudio.

Así, en el capítulo I estudiaremos cual ha sido la evolución de las actitudes y normas aplicables a los intereses de personas y grupos LGBT, finalizaremos este apartado analizando la situación actual de estas personas en diversas regiones del mundo.

En el capítulo II veremos cuál ha sido la evolución de la institución del matrimonio en Chile, intentaremos demostrar que ella no es inmune al paso del tiempo ni a los cambios sociales. En este mismo apartado, analizaremos una serie de formas de discriminación que sufren o han sufrido las personas y grupos LGBT, ejemplificando caso a caso.

En el capítulo III contextualizaremos algunos de los escenarios comparados donde se aprobó, o se aprobará, la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo y/o algún tipo de unión civil, para observar cómo se gestaron estas ideas y cuáles fueron los impedimentos a los que se vieron enfrentadas. También recogeremos los mejores argumentos en contra de la aprobación del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, para posteriormente analizarlos.

En el capítulo IV trataremos de reflejar cual es la situación actual de las uniones entre personas del mismo sexo en Chile, tomando en cuenta lo analizado en los capítulos anteriores, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, exponiendo los mejores argumentos a favor y en contra de la opción de normalizar las uniones civiles matrimoniales homosexuales.

Capítulo I: La evolución de las actitudes y tendencias sociales y legales hacia los LGBT

1.1. Reseña histórica

La historia de la homosexualidad, transexualidad y bisexualidad ha transcurrido en forma paralela con la historia de la humanidad. Se trata de un fenómeno social antiguo susceptible de ser percibido en distintas expresiones artísticas y culturales. Al mismo tiempo, el posicionamiento público de la homosexualidad ha atravesado momentos de luz y oscuridad determinados – generalmente– por las ideas dominantes y las actitudes derivadas de éstas, frente a las personas y grupos LGBT.^{1 2}

Es así como la Grecia antigua se diferencia culturalmente de nuestra sociedad “(...) en la facilidad con la que admite la alternancia o concurrencia de preferencias homosexuales y heterosexuales en un mismo individuo (...)”.³ Esta

¹ Existen en el mundo antiguo series de representaciones en el arte que dicen relación no solamente a la existencia de hombres y mujeres, sino más bien con una concepción amplia de género dentro de una comunidad. Así: HAYS-GILPIN, Kelley A. 2004. *Ambiguous Images, Gender And Rock Art*. California, AltaMira Press. P.18.

² El año pasado, arqueólogos aseguraron haber encontrado los restos del hombre gay más antiguo que la humanidad conozca. Así: *First homosexual caveman found*. Abril 2001. The Telegraph. Londres. Disponible en <http://www.telegraph.co.uk/news/newstopics/howaboutthat/8433527/First-homosexual-caveman-found.html>. [consulta: febrero 2012]

³ DOVER, K J. 2008. Traducción por MARTOS MONTIEL, Juan Francisco y LOPEZ CRUCES, Juan Luis. *Homosexualidad Griega*. Barcelona. El Cobre Ediciones. P.27.

actitud queda reflejada principalmente en el arte de aquella época⁴, aunque no necesariamente implicaba la legalización de dichas conductas, sino más bien una tolerancia de facto. En todo caso, ello supone que, en los albores de la civilización humana, las actitudes hacia los LGBT eran amistosas o, al menos, estas personas eran toleradas por las autoridades.

En la Antigua Roma se puede apreciar un giro hacia la criminalización de la homosexualidad codificada y amparada por el Estado, principalmente a través de la Lex Scantinia, la cual castigaba los comportamientos afectivos entre hombres libres del mismo sexo, especialmente el rol pasivo, además de la pederastia y el adulterio.⁵

Para resumir la actitud social en Roma, podemos señalar que se trata de una tolerancia clandestina. Así FOUCAULT: "(...) lo que parece haber cambiado -respecto de la antigua Grecia- no es el gusto por los muchachos, ni el juicio de valor que se hace sobre quienes tienen esa inclinación, sino la manera que se pregunta sobre él (...)"⁶

⁴ La aceptación de la homosexualidad como elemento integrante de la sociedad griega viene explicada, entre otras formas de arte, por la escritura, donde conocida es la historia de relaciones entre Zeus y Ganimedes, héroe divino originario de Troya, quien fue secuestrado por el primero debido a su belleza. CALIMACH, Andrew. 2002. *Lover's Legends: The Gay Greek Myths*. Nueva York. Haiduk Press. Pp. 45-46.

⁵ PATON, W. R. 1922. *Polybius*. Boston, Harvard University Press, disponible en http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Polybius/6*.html [consulta: febrero 2012].

⁶ FOUCAULT, Michel. 2005. *Historia de la sexualidad*. 14ª ed. México D.F. Siglo XXI Editores. P.174.

En lo concerniente al nuevo paradigma cultural que se produce a la caída del Imperio Romano, existe evidencia suficiente para afirmar que este período marca un punto de inflexión respecto de esta “tolerancia clandestina” hacia las conductas homosexuales y transexuales, desplazándola y abriendo paso a concepciones más sesgadas respecto de la sexualidad y el género, principalmente originarias de la cultura de pueblos bárbaros y del cristianismo. Sin embargo, ello no generó consecuencias significativas -o al menos visibles-, contra los homosexuales sino hasta el siglo XI. Lo anterior se podría explicar por los fuertes sentimientos que algunos clérigos mantenían con otros, como asimismo por los lazos que unían a los sacerdotes casados con sus parejas.⁷

No fue sino hasta la Alta Edad Media cuando la discriminación hacia diversos sectores se volvió común, afectando a grupos como judíos y homosexuales, que hasta entonces vivían en relativa paz en el seno de la sociedad, incluso ostentando cargos de poder.⁸ En esa época la concepción de amor cambia de énfasis, desde la belleza corporal hacia una noción en la que la moral cobra amplia importancia.⁹

Dicho lo anterior, la primera manifestación corporativa contra la homosexualidad se manifestó en el Tercer Concilio Ecuménico de Letrán

⁷ BOSWELL, John. 1980. *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality*. Londres. The University of Chicago Press. P. 218.

⁸ Ibidem. P. 269.

⁹ HUIZINGA, Johan. 1990. *The Waning Of The Middle Ages*. Londres. Penguin Books. P.104.

(1179)¹⁰, aunque no directamente sino, más bien, como una sanción contra formas “poco comunes” de practicar las relaciones sexuales.¹¹ Las consecuencias de la supremacía de esta idea en el Concilio de Letrán fueron muy potentes y marcarían el futuro de las actitudes hacia los LGBT, al menos en la Cristiandad.

En efecto, el nuevo paradigma se extendió por gran parte del mundo occidental, debido a la influencia de la Iglesia Católica, la cual, apoyándose en las Sagradas Escrituras, presenta las prácticas sexuales heterodoxas como depravaciones graves (Gn 19, 1-29; Rm 1, 24-27; Co 6, 10; Tm 1, 10). La tradición católica ha declarado que: “los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados (...) Son contrarios a la ley natural; cierran el acto sexual al don de la vida; no proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso”.¹² Actitudes similares de reprobación se observaron por parte de los conquistadores contra los indígenas de la recién descubierta América, respecto de conductas sexuales ancestrales que los colonizadores calificaron como propias del crimen nefando.¹³

¹⁰ BOSWELL, John. Op. Cit. P. 277.

¹¹ PICKETT, Brent. 2011. *Homosexuality*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Spring 2011 Edition. Edward N. Zalta. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/homosexuality> [consulta: febrero 2012].

¹² Comisión de Cardenales y Obispos del Vaticano. Catecismo de la Iglesia Católica. Disponible en http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a6_sp.html [consulta: febrero 2012].

¹³ F DE MONTESINOS. 1882. Memorias Hist. Del Perú. Madrid. Madrid en PHILLIPS MÜLLER, Leonardo. 1937. Homosexualidad, estudio médico-legal y social de la inversión. Memoria de

Dando un salto hacia la modernidad, nos encontramos con un nuevo giro de la actitud anti grupos y personas LGBT. La sexualidad fue “(...) cuidadosamente cerrada (...)”¹⁴ gracias al régimen victoriano. No obstante, ya antes, comenzando en el siglo XVII, se inicia un camino de invisibilización social de la sexualidad, y principalmente, de aquellas conductas ajenas a las prescripciones de la moral imperante en ese entonces. Se impuso la concepción que el sexo sólo debe practicarse dentro del matrimonio y con el único objeto de servir a la reproducción de la especie.¹⁵

Con el correr del tiempo, la sexualidad llegó a ser objeto de estudio de las ciencias médicas y sociales. Así: “La homosexualidad, que a principios del siglo XIX era un asunto puramente moral y judicial, pasó a ser un tema médico y luego psicoanalítico. Hoy en día se ha ampliado aún más su significación: ha adquirido también relevancia política, y no sólo para los homosexuales.”¹⁶

prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp. 137-138.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. Op. Cit. P. 3.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ CASTAÑEDA, Marina. 2004. La Experiencia Homosexual. Para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera. 2º Ed. México D.F. Paidós. P.34.

De acuerdo con HERRERA PEREZ,¹⁷ desde el siglo XIX existen tres etapas fundamentales en lo que concierne a la construcción de un movimiento homosexual en el mundo.

En la primera de ellas se buscaba publicitar y estudiar la homosexualidad como un fenómeno normal dentro de una sociedad. Es así como en Berlín, durante 1896, se distribuía un periódico dirigido a los homosexuales, y en 1897, Magnus Hirschfeld funda el Comité Humanitario Científico, agrupación que tenía como fin promover y defender los derechos de los homosexuales.¹⁸ Considerado como “El Einstein del sexo” por los modernos movimientos LGBT,¹⁹ Hirschfeld vio aumentada su influencia a través de Europa, en parte, gracias a la colaboración del Partido Comunista alemán y de los grupos obreros.²⁰ No fue sino el surgimiento del fascismo el encargado de estancar y reprimir a estos movimientos, principalmente por los fundamentos de esa ideología.²¹ Por su parte, el surgimiento de la Rusia estalinista redujo dentro de

¹⁷ HERRERA PEREZ, Gerardo A. 2011. Treinta Años de Tejerse El Movimiento Homosexual en Michoacán. En revista Derecho, Bioética y Nuevas Tecnologías. Volumen Especial. Artículo II.

¹⁸ *Ibidem*. Pp. 21-22.

¹⁹ GLBTQ.com. 2004. An Encyclopedia Of Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender and Queer culture. Disponible en http://www.glbtq.com/social-sciences/hirschfeld_m.html [consulta: febrero 2012].

²⁰ HERRERA PEREZ, Gerardo A. Op. Cit. P.23.

²¹ United States Holocaust Memorial Museum, “Gays and Lesbians”, Introduction, disponible en <http://www.ushmm.org/research/library/bibliography/index.php?content=gays#top> [consulta: marzo 2012].

ese territorio el apoyo a estas organizaciones, convirtiéndolas en enemigos del Estado al declararlos una “perversión fascista.”²²

En una segunda etapa, marcada por el término de la Segunda Guerra Mundial, se observa una reorganización de los grupos homosexuales. Se considera además, un avance legalista en lo concerniente al tipo de demandas.²³

La tercera etapa se encuentra marcada por la “rebelión de Stonewall”, ocurrida el 27 de junio de 1969, donde los asistentes del “The Stonewall Inn” - un conocido bar gay de Manhattan- hicieron frente a las redadas de la policía, quienes los hostigaban por su condición sexual.²⁴ Esta fecha marca el “día del orgullo gay” en muchas partes del mundo.

Otro punto de inflexión ocurre con la formación del Frente Homosexual de Acción Revolucionaria en Francia (1971), hecho que marca el inicio de la existencia de otros grupos de similares demandas, la mayoría de las cuales se vinculan con las ideas de izquierda de la época. No obstante, con el fin de la Guerra Fría, se marcó la división de estos grupos, dando paso a la búsqueda de

²² Los homosexuales y la ley. 1978. El País, sección “Tribuna”, disponible en http://elpais.com/diario/1978/01/12/sociedad/253407610_850215.html [consulta: marzo 2012].

²³ HERRERA PEREZ, Gerardo A. Op. Cit. P. 23.

²⁴ Stonewall And Beyond: Lesbian and Gay Culture. Disponible en <http://www.ushmm.org/research/library/bibliography/index.php?content=gays#top> [consulta: marzo 2012]. En esta página se pueden observar, además de una breve explicación del autor, series de recortes periodísticos relatando lo ocurrido en la época.

soluciones a sus necesidades locales, junto con una expansión de estos en diversas regiones.²⁵

En resumen, cabe señalar que las personas y grupos LGBT han ido orbitando el poder a través de toda la historia de la humanidad (dominada principalmente por hombres heterosexuales blancos), en una lucha constante por el reconocimiento de su existencia, dignidad e igualdad -y la consecuente aceptación de sus ideas, expresiones públicas y privadas e identidades-, esfuerzos que, vale decir, han tenido mayor o menor éxito dependiendo de la época y el lugar en que estas disputas de poder se han situado. Lo anterior nos permite concluir que la historia de las personas y grupos LGBT no ha sido ni nueva ni lineal, sino más bien antigua y zigzagueante, con momentos de aceptación, clandestinidad, rechazo, ilegalidad, rebelión y tolerancia.

Lo anterior describe cómo y por qué las personas y grupos LGBT van construyendo una identidad, reconocimiento social y una ambición de adquisición de derechos reservados exclusivamente a los que adhieren a la moral dominante.

1.2 Actualidad

²⁵ HERRERA PEREZ, Gerardo A. Op. Cit. P. 24.

Actualmente, la realidad de las personas y grupos LGBT varía enormemente por países y regiones. Lo anterior nos lleva a estudiar este apartado guiándonos a través de 6 puntos, a saber: a) La regulación o no de los matrimonios civiles entre personas del mismo sexo; b) Existencia o no de normas que regulen la unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo; c) Existencia o inexistencia de leyes antidiscriminación; d) Posibilidad de adopción de menores de edad por parte de parejas del mismo sexo; e) Existencia o inexistencia de violencia contra grupos o personas LGBT; f) La tipificación penal o no de la práctica homosexual. Será conveniente entonces, organizar este estudio por regiones.

1.2.1. África

Según la encuesta “*State Sponsored Homophobia*”, la situación africana respecto de los LGBT sea estatal o civil, ha ido de mal en peor: llevando la problemática de las minorías sexuales a un escenario caótico.²⁶ Esta afirmación es apoyada por *The Community Law Centre Parliamentary Programme of the University of the Western Cape*.²⁷

²⁶ OTTOSON, Daniel, ILGA: The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex Association. 2010. *State-sponsored Homophobia: A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults*. Disponible en http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2010.pdf. P.7. [consulta: febrero 2012].

²⁷ The Community Law Centre Parliamentary Programme. University of the Western Cape. Disponible en <http://www.equality.org.za/index.php/joomla-home/186-south-africas-vote-at-the-un-undermines-its-own-constitution> [consulta: febrero 2012].

Los niveles de violencia en esta región son lo suficientemente altos como para provocar que los activistas en favor de estas minorías decidan solicitar asilo o simplemente huir a Europa o América.²⁸ Asimismo, *The Community Law Centre Parliamentary Programme of the University of the Western Cape* ha denunciado que 38 países en África criminalizan la homosexualidad, donde las sanciones son extraordinariamente duras, incluyendo la cárcel y la pena de muerte.²⁹

Nada refleja más elocuentemente la posición de ciertos gobiernos del continente, respecto de la homosexualidad que la del presidente de Zimbawe, Robert Mugabe, quien comparó a estas minorías con los animales y calificó a los gays y lesbianas como “peores que los perros y los cerdos.”³⁰

La diferencia legislativa en esta materia viene marcada por Sudáfrica y su internacionalmente reconocida Constitución (1996) que contiene normas en favor de las minorías sexuales. Con todo, resulta paradójal que, pese a su robusta legislación en favor de los grupos y personas LGBT, este país tenga altas tasas de crímenes de odio contra estas minorías. Esto puede explicarse, tal como lo hace el “Décimo Informe Anual de Derechos Humanos de la

²⁸ OTTOSON, Daniel. Op. Cit. P.7.

²⁹ The Community Law Centre Parliamentary Programme. University of the Western Cape. Disponible en <http://www.equality.org.za/index.php/joomla-home/186-south-africas-vote-at-the-un-undermines-its-own-constitution> [consulta: febrero 2012].

³⁰ OTTOSON, Daniel. Op. Cit. P.7.

Diversidad Sexual” elaborado por MOVILH (a propósito de Chile), sobre la base de que, mientras más avances existen en materia de discriminación de los LGBT, los grupos que están en desacuerdo con ello sostienen posturas de mayor radicalización y agresividad.

1.2.2 Asia

Para comenzar, podemos afirmar que en Asia existe una situación más o menos similar, en términos legales, a lo ya expresado respecto de África. Veintitrés países asiáticos siguen criminalizando la homosexualidad, cuatro de ellos con la pena de muerte.³¹ Si a lo anterior agregamos que existe una carencia de leyes antidiscriminación, sumado a la homofobia cultural de estas sociedades, el panorama resulta desolador. Un ejemplo de lo anterior es el de Malasia, Estado que criminaliza la homosexualidad y el travestismo.³²

Existen excepciones, como el caso de Filipinas, donde la homosexualidad es legal y ha habido más de 15 intentos por aprobar una ley antidiscriminación. Para O’FLAHERTY Y FISHER, ello no ha sido posible

³¹ OTTOSON, Daniel. Op. Cit. P.22.

³² De acuerdo a la UNESCO, la pena máxima para estas conductas es de 20 años de cárcel, incluyendo multas y azotes, además de una aplicación de la ley Sharia para los ciudadanos musulmanes (que proscribire la homosexualidad y las personas transgéneros), castigándolos con ejecución, exponiéndolos a violencia y explotación sexual, mutilación genital femenina, entre otras. Todo lo anterior de acuerdo al Manual Sagrado de la Ley Islámica. Human Rights Watch. 2010. *Policing Morality Abuses in the Application of Sharia in Aceh, Indonesia*. Disponible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/indonesia1210WebVersionToPost.pdf>. Pp. 11-14. [consulta: febrero 2012].

debido a la fuerte influencia de la Iglesia Católica en ese país, así como a causa de una cultura machista profundamente arraigada en la sociedad.³³

1.2.3 América

Una de las tareas pendientes más importantes que enfrenta la región es la incorporación, en los ordenamientos internos de cada país, de los tratados internacionales ratificados por ellos. En el caso de las demandas de los movimientos y personas LGBT, el asunto es particularmente complejo producto de la poca voluntad política para avanzar en estas materias. Lo anterior, suponemos, es debido a la influencia cultural de organizaciones y personas de orientación más conservadora, dificultando fuertemente los intentos legislativos internos y externos para proteger los derechos de los grupos y personas LGBT en la región.³⁴

Dentro de Sudamérica, los asuntos sobre género y diversidad sexual han sido discutidos de forma creciente, como parte de la agenda de las reuniones del MERCOSUR, aumentando la presión para crear políticas que tiendan a erradicar la discriminación sobre la base de la sexualidad e identidad de género

³³ OTTOSON, Daniel. Op. Cit. P.12.

³⁴ BRUCE-JONES, Eddie y PAOLI ITABORAH, Lucas. 2011. Homofobia de Estado: Un informe mundial sobre las leyes que criminalizan la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo. ILGA. Disponible en http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2011.pdf P.39 [consulta: febrero 2012].

en sus estados miembros,³⁵ como también, promoviendo las reformas legislativas que protejan de la violencia a estas minorías, diseñando políticas públicas en favor de personas y grupos LGBT en todas las áreas del gobierno y el Estado, junto con la aplicación efectiva de las leyes de descriminalización, antidiscriminación y otras afines.

En junio de 2008, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó, por primera vez en su historia, una resolución dedicada a los derechos humanos y su vinculación con la orientación sexual e identidad de género. En la resolución llamada “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, los países firmantes resuelven manifestar, entre otras cosas, su preocupación por la violencia hacia estas personas y grupos.³⁶ Este documento sin precedentes, representa un importante avance en la región y nace de un consenso por parte de los 35 países integrantes del organismo internacional. Esta declaración, es una manifestación de los Principios de Yogyakarta, e intenta reforzar la idea de protección de la orientación sexual, el género y la libertad de expresión de las personas, por la vía de aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como medidas locales.

³⁵ Declaración del Mercado Común Del Sur (MERCOSUR). 2007. Disponible en <http://www.unsam.edu.ar/escuelas/humanidades/centros/cedehu/material.pdf>. [consulta: febrero 2012].

³⁶ Organización de Estados Americanos “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” AG/RES. 2435 (XXXVIII-0/08) en http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf. [consulta: febrero 2012].

En diciembre de 2008, la delegación argentina en Naciones Unidas leyó una declaración, aprobada por 66 países de distintos continentes, donde confirman que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incluye dentro de su esfera de protección la orientación sexual y la identidad de género. Esta iniciativa no contó con el apoyo de varios países africanos y asiáticos.³⁷

Esta rápida revisión del tratamiento a los LGBT en la región muestra los avances en materia de protección de estos grupos y personas contra violaciones como la criminalización estatal de sus actos y la violencia institucional y civil, además de la proscripción legal de discriminaciones en un sentido amplio. Con todo, la disparidad respecto de la legislación pro LGBT en la región es alta, puesto que todavía existen algunos países que criminalizan las conductas homosexuales -v.g. Jamaica-, conjuntamente con otros que ostentan una plena aceptación e incorporación, por lo menos legal, de los LGBT, como es el caso de Argentina. Por supuesto, muchos otros países se sitúan en algún punto entre estos dos extremos. En suma el panorama en América latina no está claramente definido en materia de igualdad y no discriminación.

Distinto es el caso de Estados Unidos y Canadá, porque, aunque las regulaciones que afectan a grupos y personas LGBT en estos países está

³⁷ *U.N. divided over gay rights declaration.* 2008. Reuters. Disponible en <http://www.reuters.com/article/2008/12/18/us-un-homosexuality-idUSTRE4BH7EW20081218>. [consulta: marzo 2012].

sujeta a una gran variedad normativa -debido a su organización federal-, existe una mayor voluntad social y jurídica -normativa o jurisprudencial-, de aceptar a estas minorías dentro de la sociedad y del ordenamiento legal. Lo anterior, es producto del desarrollo de ideas liberales alejadas de las corrientes católicas más conservadoras. También influye, principalmente en los Estados Unidos de América, la prolongada lucha que ha tenido este país en contra de la discriminación racial, así como la pluralidad de orígenes culturales reflejadas en su población, la cual es mucho más diversa de la que se halla en el Centro y Sur de América.

Estados Unidos de América, se encuentra en medio de un creciente debate social, cultural y político sobre la definición de matrimonio y la decisión sobre si incluir o no a de las uniones entre personas LGBT dentro de aquella definición. Es de tal importancia este asunto, que forma parte importante de las propuestas y debates de los candidatos a las elecciones presidenciales de fines de 2012 en dicho país, además de producir decisiones judiciales y legislación, tanto a favor como en contra, a nivel federal y estatal. En contraste en el sur de América el debate se encuentra en un estadio anterior.

La disparidad normativa existente en los Estados Unidos de América, a propósito de estas materias, se debe a su organización federal, como asimismo, a que las reformas legales pueden provenir tanto del poder legislativo como del

poder judicial. El inicio de la regulación en este país de las uniones entre personas del mismo sexo, viene dada por la decisión en el caso “Baehr v. Miike” (Hawaii, 1996),³⁸ que empujó a los legisladores conservadores norteamericanos a diseñar la *Defense of Marriage Act* (1996), la cual fue aprobada por ambas cámaras y ratificada por el Presidente Bill Clinton. Dicha norma consiste en una ley federal, que define al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, prohibiendo el reconocimiento federal de las uniones entre las personas del mismo sexo, además de no obligar a otro Estado a reconocer una unión homosexual hecha legalmente en otro Estado.³⁹ Por tanto, los *Rights and Responsibilities Of Marriage* se aplican solamente a las uniones legalmente reconocidas entre un hombre y una mujer.

Otro giro importante en materia jurisprudencial es el caso “Braschi v. Stahl” que obligó a redefinir lo que hasta ese momento se conocía como familia.⁴⁰

El primer Estado que se hizo cargo de una regulación favorable al matrimonio entre personas del mismo sexo fue el de Massachusetts. Esta

³⁸ No. 20371, 1999 Haw. LEXIS 391, *Baehr v. Miike*. Disponible en <http://www.state.hi.us/jud/20371.htm> [consulta: marzo 2012].

³⁹ U.S. GOVERNMENT PRINTING OFFICE. *Defense Of Marriage Act*. Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ199/pdf/PLAW-104publ199.pdf> [consulta: febrero 2012].

⁴⁰ 74 N.Y.2d 201 (1989) *Braschi v. Stahl Associates Co.* Disponible en <http://www.nymatlaw.com/braschi-stahl-543-ne2d-49/> [consulta: febrero 2012]

reforma se gestó debido a la decisión de la Corte Suprema de dicho Estado en el caso “*Goodrich v. Department of Public Health*.”⁴¹

Otro caso emblemático es el de Vermont, Estado que aprobó el *Civil Unions Bill* (2007), legalizando las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Todo ello debido a la sentencia dictada por la Corte Suprema de dicho Estado en el caso “*Baker v. Vermont*”,⁴² ordenando el mismo goce de los beneficios del matrimonio heterosexual a parejas gay. El matrimonio propiamente tal entre personas del mismo sexo entro en vigencia el año 2009 luego de una reforma legislativa.

En 2010, Washington D.C. aprobó legislativamente el matrimonio entre personas del mismo sexo.⁴³

Existen además opciones legales alternativas al matrimonio para las parejas del mismo sexo. Así, Delaware se convirtió en el último Estado (2012) en ofrecer dicha opción; sumándose a Hawaii, California, Maine, Connecticut,

⁴¹ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), *Goodrich v Department of Public Health*. Disponible en http://www2.law.columbia.edu/faculty_franke/Gay_Marriage/Goodridge.pdf [consulta: marzo 2012]

⁴² 744 A.2d 864 (Vt. 1999) *Baker v Vermontt*, en: SCHUBERT, Frank A. *Introduction To Law And The Legal System*. 9ª ed. Houghton Mifflin Company. P.381.

⁴³ *Gay Marriage Is Legal in U.S. Capital*. New York Times. 2010. Politics. Disponible en <http://www.nytimes.com/2010/03/04/us/04marriage.html> [consulta: febrero 2012].

New Jersey, Oregon, Maryland, Colorado, Wisconsin, Nevada, Illinois y Rhode Island.⁴⁴

A la par con leyes que permiten a parejas homosexuales adoptar menores de edad, las leyes antidiscriminación tienden a darse en las costas de Estados Unidos con mayor fuerza. Pero además, se observa una creciente tendencia, por parte de los estados del centro de dicho país, a promulgar leyes contra la discriminación que benefician, entre otros, a personas y grupos LGBT.⁴⁵

En relación a la violencia hacia los grupos y personas LGBT, la legislación de los Estados Unidos no es uniforme y varía de acuerdo al Estado. Con todo, existen leyes y estadísticas federales que regulan, sancionan y recolectan información respecto de estos crímenes. Así, durante el año 2008, el FBI reportó 1.617 crímenes motivados por la orientación sexual de las víctimas.⁴⁶ De acuerdo al sitio “Stop Hate 2000”, el año 1997 ocurrieron 1.107 crímenes de odio basados en la orientación sexual de la víctima; 1.016 en 1996;

⁴⁴ 146th General Assembly: *An Act to Amend Title 13 of the Delaware Code Relating to Civil Unions.* Disponible En <http://legis.delaware.gov/LIS/LIS146.NSF/vwlegislation/916160214DBB1927852578540067CE78> [consulta: febrero 2012].

⁴⁵ National Gay and Lesbian Task Force. *State Nondiscrimination Laws in the U.S..* (Mapa). Disponible En http://www.thetaskforce.org/downloads/reports/issue_maps/non_discrimination_1_12_color.pdf [consulta: febrero 2012].

⁴⁶ Es posible acceder a las estadísticas del año 2010 a través de <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/hate-crime/2010> [consulta: febrero 2012]

1019 en 1995; y 685 en 1.994.⁴⁷ De acuerdo a la National Coalition of Anti Violence Programs, durante el periodo 2009-2010, ocurrieron 2.503 crímenes basados en violencia de género. Los homicidios fueron 27 durante el 2.010. Los travestis alcanzan al 50% de las víctimas de la violencia de género.⁴⁸

Si se realiza una comparación de las legislaciones favorables a personas y grupos LGBT, Canadá aparece como el país más avanzado de América. El matrimonio entre personas del mismo sexo es legal, además de ser el primer país a nivel mundial en permitirlo para personas que no fueran residentes de su territorio.⁴⁹ La protección de los derechos de los LGBT se halla establecida a nivel constitucional, específicamente en el *Canadian Charter Of Rights And Freedoms*.⁵⁰ Ello, sumado a las legislaciones locales, establece un sistema de prohibición de la discriminación por motivos de sexo, género o identidad de tal, tanto en el sector público como en el privado.

Canadá también cuenta con una legislación fuertemente promotora y protectora de los derechos de las personas LGBT para adoptar menores.

⁴⁷ Stop Hate 2000. *Hate Crimes & the Hate Crimes Prevention Act (HCPA)*. Disponible en <http://www.stophate.us/hcpa.html> [consulta: marzo 2012].

⁴⁸ National Coalition Of Anti Violence Programs. *Hate Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer and HIV-Affected Communities in the United States in 2010*. Disponible en <http://www.avp.org/documents/NCAVPHateViolenceReport2011Finaldjlfinaldits.pdf> [consulta: marzo 2012].

⁴⁹ Parliament of Canada. Bill 38 *Civil Marriage Act*. Disponible en <http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries> [consulta: febrero 2012].

⁵⁰ Part I of the Constitution Act. 1982. *Canadian Charter Of Rights And Freedoms*. Disponible en <http://laws.justice.gc.ca/eng/charter/page> [consulta: febrero 2012].

Tampoco existe en ese país prohibición para que dichas personas participen en las fuerzas armadas ni para que cambien legalmente de género.

La violencia contra grupos y personas LGBT también ocurre en Canadá. El año 2008, la policía reportó 1.036 crímenes de odio, cerca del 16% de los cuales fueron ataques hacia personas LGBT. Dichos ataques fueron también los más violentos dentro de tales crímenes.⁵¹

En México, el matrimonio entre personas del mismo sexo es legal desde el año 2009, cuando la Asamblea Legislativa modificó el artículo 146 del Código Civil, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, igualando de este modo el estatuto de protección de las parejas homosexuales respecto de sus pares heterosexuales.⁵² No deja de llamar la atención que estas reformas se hayan hecho sin contar con la aprobación mayoritaria de los ciudadanos, como lo demuestra una encuesta encargada por el diario “El País”, de España.⁵³

⁵¹ *Gay men targets of violence as hate crimes jump*. Thestar.com. 2010. Disponible en <http://www.thestar.com/news/canada/article/823190--gay-men-targets-of-violence-as-hate-crimes-jump> [consulta: marzo 2012].

⁵² La redacción del artículo es la que sigue: “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”.

⁵³ Matrimonio gay en México: con mayoría en contra. El País. Madrid. Enero 2010. sección “Tribuna”. Disponible en http://internacional.elpais.com/internacional/2010/01/11/actualidad/1263164406_850215.html [Última revisión febrero 2012] La encuesta completa se ubica en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201001/11/internacional/20100111elpepuin_t_3_Pes_PDF.pdf [consulta: febrero 2012].

En México, luego de una evolución legislativa que se remonta al año 2001, se adoptó una Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación.⁵⁴

La adopción de menores por parte de parejas homosexuales se encuentra legalmente permitida desde un histórico fallo del 16 de agosto de 2010, por el que la Corte Suprema de Justicia mexicana reconoció el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar niños.⁵⁵

En lo referente a la violencia de género, existe una alta tasa de crímenes de odio perpetrados contra los LGBT. Estas cifras no son fáciles de precisar porque el número de denuncias no necesariamente dice relación con la cantidad de ilícitos, por lo que se estima que el número de éstos es considerablemente mayor al reportado. Según la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, durante el periodo que va entre 1995 y 2006, se cometieron 420 homicidios de este tipo.⁵⁶ Por su parte la organización “Letra S”,

⁵⁴ GARDUÑO, Patricia. 2005. Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de equidad de género, en Seminario “Reformas Constitucionales y Equidad de Género” febrero 2005. Disponible en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/25599/lcl2489e.pdf> [consulta: febrero 2012].

⁵⁵ La Suprema Corte aprueba el derecho de adopción a matrimonios gay. CNN México. Ciudad de México. Agosto 2010. Disponible en <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/16/la-suprema-corte-aprueba-el-derecho-de-adopcion-a-matrimonios-gay> [consulta: marzo 2012].

⁵⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos. Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre Violaciones a los Derechos Humanos y Delitos Cometidos por Homofobia. 2010. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2010_homofobia.pdf [consulta: marzo 2012].

en su Reporte Anual de Crímenes de Odio por Homofobia, contabiliza 628 homicidios en el período 1995-2008.

1.2.4. Europa

Sin lugar a dudas, una de las regiones donde se ha abordado en mayor medida la situación social y jurídica de los grupos LGBT ha sido Europa, continente que guarda una tradición de mayor respeto y protección de los Derechos Humanos. Con todo, según ILGA Europe -*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*-, ninguno de los países de la región alcanza estándares de plena equidad en el trato hacia las personas y grupos LGBT. Esta misma organización ha diseñado *The Rainbow Europe Map*, herramienta que se utiliza para monitorear el nivel de protección de los derechos humanos de los LGBT por parte de los países de la Unión. En las evaluaciones realizadas aplicando dicho método, el Reino Unido alcanza 12 de 17 puntos posibles; Suecia y España 12. Estos tres países obtienen los más altos puntajes.⁵⁷ Otra de las conclusiones interesantes por parte del ILGA respecto de la región se refiere a los avances y retrocesos que han experimentado en esta materia los Estados miembros de Europa, entre los

⁵⁷ *International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association. Rainbow Map*. Mayo 2011 Disponible en <http://www.ilga-europe.org/content/download/19914/127699/version/1/file/Side+A++Rainbow+Europe+Map+May+2011+WITH+EU+FLAG.pdf>. [consulta: febrero 2012]. Este mapa debe complementarse con el *Rainbow Europe Country Index* de la misma organización disponible en <http://www.ilga-europe.org/content/download/19313/124519/version/1/file/Side+B++Rainbow+Europe+Index+May+2011.pdf> [consulta: febrero 2012].

cuales existen variaciones significativas. Alemania y Portugal aparecen como ejemplos de grandes avances en materia de protección de las personas LGBT en el último tiempo. Otros países, en cambio, no experimentan variación alguna; tal es el caso de Italia, Chipre, Malta, Turquía y Ucrania. Otros, como Lituania y Hungría, han experimentado regresiones.⁵⁸

Existen además importantes esfuerzos de parte de la Unión Europea por reconocer y promover los derechos humanos en la región. Fruto de lo anterior, ha sido la creación de la *European Union Agency For Fundamental Rights*, que funciona como un cuerpo auxiliar de la Unión. Fue creada el año 2007 y tiene sede en Viena. Su principal misión es promover la igualdad y no discriminación, incluida la que proviene de la orientación sexual o identidad de género.

En lo referente al matrimonio entre personas del mismo sexo, son cinco los países europeos que han aprobado una ley de este tipo: Bélgica, Holanda, España, Portugal y Suecia.⁵⁹ Similar legislación se discute actualmente en Luxemburgo y Eslovenia. Por otro lado, Austria, Hungría e Irlanda han adoptado algún tipo de estatuto legal para reconocer y regular los acuerdos de vida en común entre personas del mismo sexo.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ European Agency For Fundamental Rights. 2011. *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States*. Disponible en http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf 28p. El informe no considera a Noruega puesto que no es un país de la Unión Europea, con todo, este cuenta con la opción legal de matrimonio entre personas del mismo sexo desde junio de 2009 [consulta: marzo 2012]

Hasta ahora, los países que han adoptado el concepto amplio de familia han sido Austria, Francia, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Portugal y España.⁶⁰ De estos reconocimientos sobre la modalidad de familia y de quiénes son miembros de ella -incluyendo familias gays- se suceden un conjunto de beneficios para las parejas LGBT que hasta hace poco eran exclusivas de las heterosexuales. Tales son los relativos a la libertad de movimiento, la reunificación familiar y asilo, tanto para los nacionales de un país miembro, como sus parientes por consanguineidad y afinidad que no lo sean.⁶¹

Por otra parte, existen legislaciones que han ido en la dirección contraria; es decir, han consolidado o reformado sus normas internas para especificar que el matrimonio se encuentra reservado exclusivamente para la unión entre un hombre y una mujer, o bien para prohibir la unión legal de parejas del mismo sexo, como es el caso de Bulgaria, Estonia y Rumania.⁶²

De acuerdo a las investigaciones del FRA -*European Union Agency For Fundamental Rights*-, las actitudes hacia los LGBT en la Unión Europea varían de país en país. Estas se encuentran influenciadas por: edad, donde la gente más joven es más tolerante que la adulta; inclinación política, donde las personas identificadas con la izquierda son más tolerantes que las identificadas

⁶⁰ Loc. Cit.

⁶¹ Ibídem. P.27.

⁶² Loc. Cit.

con la derecha; sexo, donde las mujeres parecen ser más tolerantes que los hombres; y educación, donde las personas más educadas son más tolerantes que las menos educadas.⁶³ Según la Comisión Europea, solo unos pocos estados han incluido, dentro de sus ordenamientos internos, normas anti discriminación por orientación sexual, género o identidad sexual. Casos de países que las han adoptado corresponden a: Bulgaria, Alemania, Irlanda y Suecia. En cambio, ni Turquía ni Macedonia tienen cobertura antidiscriminatoria en sus estatutos para las personas y grupos LGBT,⁶⁴ en contravención a la recomendación del Consejo de Europa de expandir y profundizar dichas normas en la región.⁶⁵

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 21, establece una prohibición general de discriminación, señalando que: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida en razón de sexo u orientación sexual”.⁶⁶

En cuanto a la aplicación práctica de la prohibición de discriminación, la legislación de la UE establece la obligación de crear organismos de igualdad

⁶³ Loc. Cit.

⁶⁴ European Commission. 2010. *Developing Anti Discrimination Laws in Europe, The 27 EU Member States Compared.* Disponible en <http://www.non-discrimination.net/content/media/Comparitive.pdf> P.9 (consulta: febrero 2012).

⁶⁵ *Ibidem.* P.9.

⁶⁶ Loc. Cit.

para los casos de discriminación por raza o sexo. Actualmente son 18 los Estados miembros que los han creado.⁶⁷

Por otra parte, la protección contra insultos, agresión sexual, incitación al odio y violencia en general permanece limitada en la mayoría de los países europeos. Solamente 13 estados han promulgado algún tipo de legislación sobre este particular. Paralelamente, 12 países han modificado su legislación, consagrando como agravante de la responsabilidad penal, el hecho de cometer ciertos delitos, motivados por la orientación sexual o el género de la víctima.⁶⁸

Con respecto a las denuncias, de acuerdo a la mencionada Agencia Europea, sólo un 20% de los crímenes serían reportados por las víctimas, lo cual impide determinar los índices exactos de crímenes de odio contra los LGBT dentro de la UE. Lo anterior se explica por el miedo a denunciar, debido a prejuicios homofóbicos, sean estos institucionales -v.g. por parte de la policía y/o Poder Judicial-, sociales, o, específicamente por la reticencia de muchos afectados a referirse públicamente a su orientación sexual o sexualidad.⁶⁹

⁶⁷ *Ibíd.* P.2.

⁶⁸ *European Union Agency For Fundamental Rights*. Op. Cit. P.14.

⁶⁹ *Ibíd.* Pp.16-17.

Capítulo II: Evolución histórica de la institución del matrimonio en Chile.

Discriminación de los LGBT en Chile

2.1 Evolución histórica de la noción legal de matrimonio en Chile

El matrimonio es una de las instituciones más importantes de los ordenamientos jurídicos; desde sus comienzos su propósito fue la legitimación de las relaciones sexuales entre hombres y mujeres, con el fin, entre otros, de determinar la procedencia de la descendencia común de dicha unión. Consecuentemente, la familia fue definida como un conjunto de personas ligadas entre sí por el matrimonio y la filiación.⁷⁰

Desde la independencia de nuestro país, hasta la dictación y aprobación del Código Civil, las materias de familia, y en especial las que son objeto de estudio en éste capítulo, se encontraban reguladas por el Derecho Canónico. De acuerdo a este último, sólo los católicos podían acceder al matrimonio reconocido por el Estado. En 1844, con la dictación de la denominada Ley de matrimonio de los disidentes, el panorama, en algo, cambió. Esta norma vino a regular el matrimonio de los no católicos, con la finalidad de que estos accedieran a los efectos civiles de dicha institución. Sin embargo, en lo que respecta a los impedimentos matrimoniales, los eventuales contrayentes

⁷⁰ ROUDINESCO, Élisabeth. 2010. La Familia en Desorden. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. P.6.

quedaban sometidos a las normas establecidas para tal efecto en la legislación canónica.⁷¹ Dicha razón trajo como consecuencia la escasa aplicación práctica de esta ley, ya que los sacerdotes llamados a celebrar los matrimonios de “disidentes” igualmente imponían las ritualidades de la religión católica.⁷²

En 1855, se verían en nuestro país nuevos cambios en la materia debido a la promulgación del Código Civil. En este cuerpo legal se reconocieron dos clases de matrimonios: aquél celebrado entre personas católicas; y el celebrado entre personas que profesasen una religión diferente. Respecto de los primeros, se remitía nuevamente al Derecho Canónico, y tocante al segundo, se aplicaba lo dispuesto en la ley de matrimonio de los disidentes.

No fue sino hasta enero de 1884 que la hegemonía de la iglesia católica terminó respecto de estas materias, con la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil. Con la creación, en el mismo año, del Registro Civil, se le entregó a esta institución la atribución de celebrar los matrimonios que tendrán efectos civiles y de registrar los mismos. Dicha ley reformó el Código Civil, secularizando la institución del matrimonio para regularlo integralmente, definiendo al matrimonio en su artículo 102 como: “un contrato solemne por el

⁷¹ DEL PICÓ RUBIO, Jorge. 2010. Derecho Matrimonial Chileno. Santiago. Editorial Legal Publishing. P.4.

⁷² SALINAS ARANEDA, C. 2010. El fracasado intento de reconocer el matrimonio religioso en la nueva ley de matrimonio civil, citado en DEL PICÓ RUBIO, Jorge. 2010. Derecho matrimonial chileno. Santiago. Editorial Legal Publishing. P.4.

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”. Dicha norma –que se ha mantenido intacta hasta nuestros días– consagra explícitamente que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, impidiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo o el matrimonio poligámico propio de ciertas culturas o religiones. También consagra la indisolubilidad del vínculo matrimonial mientras los cónyuges vivan, situación que vino a terminar el año 2004, con la dictación de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

El Código Civil y sus normas complementarias regularon una realidad familiar de carácter rural y patriarcal, cuyos pilares eran la indisolubilidad del matrimonio y la dispar consideración de ambos cónyuges. Así, la mujer se subordinaba al marido, le debía obediencia, y éste, además, era reconocido como el administrador natural de los bienes comunes, situación que se mantiene hasta nuestros días, aunque de forma más atenuada, toda vez que requiere de la autorización de la mujer para ejercer ciertos actos. Era el marido quien establecía el domicilio conyugal y actuaba como representante legal de la mujer, la cual era calificada como incapaz relativa hasta que, en 1989, se dictó la ley N° 18.802 sobre capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal.⁷³

⁷³ DEL PICÓ RUBIO, Óp. Cit. P.36.

Al no contemplar la antigua Ley de Matrimonio Civil la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial mientras los cónyuges viviesen, se introdujo, por vía jurisprudencial, la práctica de alegar la nulidad del matrimonio celebrado ante un oficial del Registro Civil incompetente, por no ser aquél oficial del domicilio de al menos uno de los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio. Dicha solución, si bien involucraba virtualmente en la totalidad de casos la invocación falsa de una causal de nulidad, fue una válvula de descompresión para una realidad que se adelantó a su respuesta normativa.⁷⁴

Respecto de la filiación y su regulación legal en Chile, a principios de la década de los 90 se observó una creciente tendencia, en el sentido de que cada vez más niños estaban naciendo fuera del matrimonio, situación que se transformó en la regla general hacia el año 2001, cuando se verificó que 50,02% de los niños nació fuera del matrimonio.⁷⁵ Durante casi toda la década de los noventa, nuestro ordenamiento civil aún contemplaba una serie de diferenciaciones entre aquellos hijos que nacían dentro del matrimonio – legítimos-, o fuera de él -naturales o simplemente ilegítimos según fueran o no reconocidos-, dando un trato legal más favorable a los primeros.

Dicha tendencia pudo verse explicada, en parte, por la inexistencia del divorcio vincular. Lo anterior se traducía en que, aquellas personas separadas

⁷⁴ *Ibíd.* P.23.

⁷⁵ Infancia y adolescencia en Chile-Censos 1992/2002, Santiago de Chile. 2005. P.38.

de hecho de sus cónyuges volvían a unirse en pareja, y al no poder contraer el vínculo matrimonial, tenían sus hijos fuera del matrimonio. Esta situación se encontraba en flagrante discordancia con el artículo primero inciso primero de la Constitución Política de la República, cual señala, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Así como también contradecía lo dispuesto en diversos tratados internacionales, como el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cual señala, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, también el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que consagra la libertad e igualdad en dignidad y derechos de todos los hombres.

La situación de los hijos vino a cambiar en Chile el año 1999, con la dictación de la Ley N° 19.585 sobre filiación y sucesión por causa de muerte, que consagró la igualdad de todos los hijos, sin importar si estos nacían dentro o fuera del matrimonio, modificando el artículo 33 del Código Civil, agregándole al final del mismo la frase “La ley considera iguales a todos los hijos”. La derogación de dicha distinción vino a reforzar en nuestra legislación el principio de igualdad y no discriminación.

Recién el año 2004, y después de años de tramitación en el Congreso, se dictó una nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N° 19.947), que modificó el derecho matrimonial en Chile, principalmente al permitir la celebración de los

matrimonios ante entidades religiosas de Derecho Público, así como también la posibilidad de poner término al matrimonio por sentencia de divorcio, poniendo fin al vínculo que unía a los cónyuges y permitiéndoles contraer matrimonio nuevamente.

Ni la nueva Ley de Matrimonio Civil, ni las reformas al Código regularon la situación de las parejas de hecho, compuestas ya sea por miembros de sexo opuesto o del mismo sexo, lo que conduce a la existencia en nuestra legislación de dos tipos de familias: aquellas que se encuentran amparadas por los derechos y deberes que consagra el matrimonio, y por otro lado, las familias que se hallan al margen de dicha institución, ya sea porque no quieren contraer tal vínculo -como es el caso de las parejas de hecho de sexos opuestos-, o porque no pueden acceder al matrimonio -como en el caso de las parejas del mismo sexo, en cuyo caso la ley no contempla regulación alguna-.

En lo que respecta a las parejas de hecho compuestas por miembros del mismo sexo, en 1999 se derogó la norma que establecía el delito de sodomía, lo que resultó en que su unión, si bien aún no reconocida por la ley, cesara de considerarse ilegal o una ocasión delictiva. Dicha derogación fue el principal objetivo del Movimiento de Liberación Homosexual (MOVILH) desde su creación, el cual tardó seis años en alcanzarse debido a que la respectiva moción enfrentó el rechazo de gran parte de la derecha política y de algunos

parlamentarios del Partido Demócrata Cristiano.⁷⁶ Una vez derogado el antiguo artículo 365 del Código Penal -que consagraba el delito de sodomía entre adultos que consentían en acceder a una relación sexual-, comienza a verse en Chile una mayor tendencia en la aceptación de parejas del mismo sexo, y éstas conjuntamente comienzan a demandar una serie de derechos, encontrándose entre las reivindicaciones más importantes el reconocimiento del derecho a acceder al matrimonio, con los mismos requisitos y derechos que el matrimonio entre personas de distinto sexo.

En cuanto a la legalización de las uniones entre personas del mismo sexo, han existido diversos proyectos de ley, ya sea por iniciativa parlamentaria o del ejecutivo, que buscan regularizar la situación de las parejas de hecho. Uno de ellos, el Pacto de Unión Civil, que fue redactado por el MOVILH, buscaba regularizar la situación de las parejas de hecho entre miembros del mismo sexo con un régimen paralelo al matrimonial, sin embargo, dicho proyecto no contó con el apoyo parlamentario suficiente. El año 2010, el entonces Senador Andrés Allamand, introdujo un proyecto conocido como Pacto de Vida en Común, que buscaba reconocer a todas las parejas de hecho y otorgarles una serie de derechos, principalmente en materia patrimonial.⁷⁷ Por último, en el mes de agosto de aquel año, el Gobierno, cumpliendo con una

⁷⁶ CONTARDO, Oscar. 2011. RARO: Una historia gay de Chile. Santiago. Editorial Planeta. 2011. P. 390.

⁷⁷ Proyecto de Ley que crea el contrato denominado "Acuerdo de Vida en Común". Boletín N°7.011-07. P. 2.

promesa de campaña, presentó el Acuerdo de Vida en Pareja, proyecto que, al igual que el Pacto de Vida en Común, busca regularizar la situación de aquellas uniones de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, en materia patrimonial y sucesoria.⁷⁸

Todos los proyectos antes mencionados tienen en común, el reconocer que el matrimonio es sólo entre un hombre y una mujer, y que, la regularización de los diferentes tipos de uniones de hecho, no tienen por objeto debilitar a la familia ni al matrimonio, sino que proteger los derechos e intereses de los integrantes de dichas uniones, principalmente de las parejas homosexuales, toda vez que estas no pueden acceder al matrimonio.

En lo que respecta a la posibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, existe en la actualidad un proyecto de ley que busca modificar dicha institución, mediante la introducción de la posibilidad de acceder al matrimonio civil para las parejas compuestas por miembros del mismo sexo. Este proyecto de ley fue iniciado por Moción de los senadores Fulvio Rossi, Isabel Allende, Guido Girardi y Ricardo Lagos Weber.⁷⁹ Con ello, se busca modificar el artículo 102 del Código Civil, en el sentido de sustituir la expresión: “un hombre y una mujer” por: “dos personas” y suprimir la frase: “de procrear”.

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ Proyecto de ley sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo. Boletín N° 7.099-07. P.1.

Es importante destacar lo señalado por los senadores al momento de la presentación de dicho proyecto: “(...) es innegable la orientación económica que subyace este contrato (el matrimonio), sin embargo, creemos que admite una revisión, porque la propia ley reconoce que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, y en este sentido, no puede estar condicionado a la orientación sexual, pues afectaría la noción de igualdad entre todos los seres humanos cualquier sea su edad, sexo, estirpe o condición”.⁸⁰

2.2. Discriminación de los LGBT en Chile

A partir de la última década del Siglo XX, la discusión acerca de la discriminación en contra de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales ha estado presente en mayor o menor medida en la agenda pública. Esto se debe, principalmente, al conservadurismo imperante en la sociedad chilena -recordemos que recién el año 2004 se aprobó en Chile una Nueva Ley de Matrimonio Civil, que estableció el divorcio vincular-, junto con una serie de prejuicios hacia las personas LGBT. Estas ideas tienen distintos orígenes, pudiendo ser: religiosas -en atención a que la Biblia condenaría las relaciones homosexuales en su Libro Levítico 18:22: “no te acostarás con varón como con mujer, es abominación.”-, naturales -en atención a que la naturaleza

⁸⁰ Ibíd. P.1.

habría establecido que los hombres deben unirse con las mujeres para procrear- o médicos -la homosexualidad recién dejó de ser considerado un trastorno mental en 1973 por la Asociación de Psiquiatría Norteamericana,⁸¹ criterio que no se aplicó en Chile sino hasta varios años después-.

El retorno a la democracia no significó una apertura hacia las personas y grupos LGBT, quienes siguieron sufriendo de discriminación, además de invisibilidad y marginación social, debiendo soportar diariamente situaciones que atentan en contra de sus derechos fundamentales.⁸² Creemos que ello ocurre por el hecho que el debate público, en lo que dice relación con las minorías sexuales y sus derechos, está unido a una concepción moral predominante, que estigmatiza a estas minorías, sin que el problema sea visto desde una óptica de protección de derechos humanos.⁸³ Es importante destacar el hecho que las minorías sexuales sufren discriminación en los ámbitos más primarios de socialización de las personas, esto es, en sus grupos familiares, en sus comunidades religiosas, en su grupo de amigos y en sus lugares de estudio o trabajo.⁸⁴

⁸¹ CONTARDO, Oscar. *Óp. Cit.* P. 23.

⁸² *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004*. Santiago. 2004. Universidad Diego Portales. P. 267.

⁸³ *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005*. Santiago. 2005. Universidad Diego Portales. P. 338.

⁸⁴ El 52,7% de los gays y transexuales ha sufrido discriminación y evita denunciar. EMOL. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/10/06/506794/movilh-y-estadisticas.html>. 06 de octubre de 2010. [consulta: marzo 2012].

2.2.1 Discriminación laboral

Las personas LGBT, suelen tener mayores dificultades para acceder a empleos de calidad y/o para conservarlos una vez que se hace de público conocimiento su orientación sexual y/o su identidad de género. Ejemplo de lo anterior fue el caso del Juez Daniel Calvo, quien el año 2003, fue inhabilitado para seguir conociendo de un bullado caso de pedofilia por haber asistido a un sauna gay, es más, incluso por ello se le abrió un cuaderno de remoción debido a su “mal comportamiento”. Dicho caso puso en discusión la relevancia de la orientación sexual de las personas que ejercen cargos públicos.⁸⁵ El Presidente de la Corte Suprema declaró, que la condición homosexual de un juez, solo era compatible con el ejercicio de su función si es que éste no la hacía pública, es decir, se condenaba a dicha persona a la invisibilidad.⁸⁶

En el caso de la Jueza Karen Atala -que será tratado con mayor profundidad en el punto 2.2.4-, el Ministro en Visita de la Corte de Temuco hizo un “severo llamado de atención” a la madre demandada por el hecho que su relación afectiva haya trascendido del ámbito de lo privado. Señala en su

⁸⁵ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004. Óp. Cit. P. 268.

⁸⁶ Loc. Cit.

informe que no sólo daña su persona, sino que también la imagen del Poder Judicial.⁸⁷

Otro caso de discriminación en el ámbito laboral, fue el que sufrió en el año 2007 Sandra Pávez, profesora de religión del colegio municipal Cardenal Antonio Samoré, por parte del obispo de San Bernardo, Juan Ignacio González Errázuriz, y por el vicario para la educación, René Aguilera Colinier, quienes, una vez que se enteraron de la condición de lesbiana por parte de la profesora, y ante la negativa de ésta de vivir en celibato y someterse a un tratamiento psicológico con profesionales de la iglesia, le revocaron su certificado de idoneidad para impartir clases de religión.^{88 89} Debido a lo anterior, la afectada interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, solicitando que se declarara que dicha actuación había sido arbitraria e ilegal. Sin embargo, la Corte desestimó dicho recurso porque la facultad de otorgar y revocar dicho certificado había sido otorgada por el legislador,⁹⁰ sentencia que más tarde fue confirmada por la Corte Suprema. Por ello, Sandra Pávez decidió recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentando una denuncia contra el Estado de Chile, alegando violaciones a los derechos de

⁸⁷ Informe del Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco Lenin Lillo, en visita extraordinaria, punto 14.

⁸⁸ MOVILH. VI Informe Anual. Derechos Humanos. Minorías sexuales chilenas. Hechos 2007. Disponible en <http://www.movilh.cl/documentos/VI-INFORMEANUAL-ddhh2007.pdf> . P. 74.

⁸⁹ El artículo 9° del DL 924 señala que “el profesor de religión, para ejercer como tal, deberá estar en posición de un certificado de idoneidad otorgado por la autoridad religiosa que corresponde, cuya validez durará mientras esta no revoque, y acreditar además los estudios realizados para servir a dicho cargo”.

⁹⁰ Sentencia Rol 238-2007 Corte de San Miguel. Considerando Sexto.

igualdad, libertad, trabajo y vida privada, fundada en que se le negó la posibilidad de ejercer como profesora de religión por la sola circunstancia de su orientación sexual.⁹¹

La situación de las personas transgéneras es aún peor, toda vez que, dadas sus características físicas y producto de los prejuicios imperantes en la sociedad, no tienen oportunidades de trabajo ni de capacitación que les permitan mejorar su calidad de vida.⁹² Lo anterior les impide contar con los medios económicos para, por ejemplo, solventar sus tratamientos médicos, como la cirugía de reasignación sexual, así como tampoco pueden contar con los medios para contratar la adecuada asesoría legal para los efectos de iniciar el procedimiento judicial de cambio de nombre y/o de sexo ante los tribunales. No obstante, se pueden observar algunos avances a favor de las personas y grupos transgéneros, quienes, gracias a la intervención del Consejo de Defensa del Estado, pudieron acceder de forma gratuita a una cirugía de reasignación sexual, para luego poder obtener el cambio en su partida de nacimiento en lo que a nombre y sexo se refiere.⁹³

⁹¹ Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2009. 2009. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales P. 305.

⁹² Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007. 2007. Universidad Diego Portales. P. 310.

⁹³ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011. 2011. Ediciones Universidad Diego Portales. P.229.

La discriminación en el ámbito laboral, atenta contra lo dispuesto en el artículo segundo del Código del Trabajo,⁹⁴ así como también contra lo consagrado en el párrafo 31 de la OG N°18 sobre Derecho al Trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.⁹⁵

2.2.2. Discriminación legal

En nuestro país, la discriminación sufrida por parejas compuestas por miembros del mismo sexo se da en distintos niveles. No pueden acceder a ciertos derechos civiles, como son el de herencia o alimentos de parte de sus parejas, ni tampoco a otros de índole social, como derechos previsionales o beneficios tributarios a los que parejas casadas en régimen matrimonial sí pueden acceder.⁹⁶

Por otra parte, en nuestro Código Penal aún existe una norma que establece una diferenciación discriminatoria entre homosexuales y heterosexuales. Así, el legislador estableció que la edad requerida para consentir en una relación sexual es de 14 años para las parejas heterosexuales

⁹⁴ Art. 2 inc. 3° Código del Trabajo: Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

⁹⁵ Los estados deben garantizar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo prohibiendo toda discriminación por diversos motivos, entre ellos, la orientación sexual.

⁹⁶ Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2004. Óp. Cit. P. 269.

y de 18 años para las parejas homosexuales,⁹⁷ lo que muestra la existencia de una distinción arbitraria: entre aquellas personas que mantienen relaciones sexuales con personas del sexo opuesto, respecto de aquellas que practican relaciones sexuales consentidas con personas de su mismo sexo, suponiendo que en ambos casos se trata de encuentros libres y consentidos. Esta situación se contradice con los Principios Sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género -en adelante Principios de Yogyakarta-,⁹⁸ especialmente en su Principio N° 2, cual dice relación con los Derechos a la Igualdad y a la No Discriminación. Este precepto señala que los Estados garantizarán la aplicación de la misma edad de consentimiento, para la actividad sexual entre personas del mismo sexo y de sexos diferentes.

En un fallo del 4 de enero de 2011, el Tribunal Constitucional rechazó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de un hombre de 33 años, el cual estaba siendo juzgado por acceder carnalmente a un menor varón de 14 años, consintiendo éste último en aquello. Señala la sentencia del tribunal que: “(...) el fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los

⁹⁷ Art. 365 Código Penal: “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 penalizado con reclusión menor en sus grados mínimo o medio”.

⁹⁸ Estos principios no son de cumplimiento obligatorio, sino meras recomendaciones a los estados.

menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la etapa adulta”.⁹⁹ Además, menciona la sentencia, que el varón menor de 18 años y mayor de 14 que juega un rol pasivo en relaciones sodomíticas, ve lesionada su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual.¹⁰⁰ Con todo, la resolución del Tribunal Constitucional zanjó la discusión al determinar, que la norma del artículo 365 del Código Penal, solo sanciona al varón mayor de 18 años que accede carnalmente a un varón menor de 18 años, pero mayor de 14, con su consentimiento. Así es como las personas LGBT, siguen siendo miradas legalmente como ciudadanos de segunda categoría, toda vez que la ley les atribuye una connotación negativa, al no dejarles acceder a ciertos derechos, como también en el sentido de exigir una mayor edad de consentimiento para mantener relaciones sexuales, estableciendo trabas que no existen para heterosexuales.

2.2.3. Discriminación por parte de organismos públicos

⁹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 1683-10, de 04 de enero de 2011, Considerando Vigésimoctavo.

¹⁰⁰ *Ibíd.* Considerando Trigesimoprimerero.

En Chile, son diversos los organismos públicos que han discriminado a personas y grupos LGBT. Ejemplo de ello son las Policías Civiles (Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones), quienes, aplicando el artículo 373 del Código Penal,¹⁰¹ han detenido a personas por hechos vinculados a su vida sexual y afectiva, mayormente a personas homosexuales.¹⁰² Dicha norma deja al mero arbitrio del denunciante o del Policía que hace la detención, el determinar cuál es el hecho que ofende al pudor o las buenas costumbres. Con fecha 12 de diciembre de 2007, ingresó al Congreso un proyecto de ley que pretende derogar el mencionado artículo,¹⁰³ propuesta que a la fecha de escribirse esta tesis -agosto de 2012- aún no se ha convertido en ley. Creemos que es imperativa la derogación de este artículo del Código Penal, que deja al mero arbitrio de la policía determinar qué se entiende por ofensas al pudor, otorgando la posibilidad a eventuales policías homofóbicos, de detener a personas homosexuales por conductas que son miradas con absoluta normalidad cuando son realizadas por parejas heterosexuales.

2.2.4. Discriminación por parte de los tribunales de justicia

¹⁰¹ Art. 373 Código Penal Chileno establece sanciones en contra de quienes “de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres”.

¹⁰² Proyecto de ley que deroga el Artículo 373 del Código Penal. Disponible en <http://www.movilh.cl/documentos/movilh-proyecto-deroga-articulo-373.pdf>. [Consulta: marzo de 2012].

¹⁰³ Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Óp. Cit. P. 455.

La discriminación por parte de los tribunales de justicia por razones de orientación sexual, identidad de género o identidad sexual es profunda y grave, toda vez que son ellos los encargados de velar por la protección de los derechos garantidos en la Constitución Política de la República, como también en los diversos tratados internacionales que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Sin duda, el ejemplo más relevante en materia de discriminación por parte de los tribunales de justicia hacia las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, es el conocido caso de la jueza de garantía Karen Atala. El año 2003, el Juzgado de Letras de Villarrica, conociendo de una demanda de tuición entablada por el padre de las menores -y ex esposo de la jueza Atala-, dictó una resolución en virtud de la cual le entregó el cuidado personal de las hijas a la madre de éstas, quien reconocía su condición de lesbiana, argumentando que dicha condición no es relevante para el buen cuidado de sus hijas.¹⁰⁴

En virtud de lo anterior, el padre de las menores interpuso un recurso de apelación, con una solicitud adicional de orden de no innovar, en contra de la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia. La Corte de Apelaciones de Temuco accedió a la petición de no innovar, no obstante, en marzo de 2004, la Corte rechazó el recurso de apelación interpuesto por el demandante,

¹⁰⁴ Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarrica, 29 de octubre de 2003 en causa sobre tuición caratulada "López con Atala".

confirmando así el cuidado personal de las hijas por parte de la madre, sin embargo, en contra de este fallo, el demandante recurrió de queja ante la Corte Suprema, nuevamente con una solicitud de no innovar, la que fue concedida. Finalmente, el recurso de queja fue acogido por tres votos contra dos, revocando de esta manera la sentencia de segunda instancia, que entregaba la tuición de los niños a la madre.¹⁰⁵

La Corte Suprema señaló en el considerando décimo sexto de su sentencia que: “(...) no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual (...), ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”.¹⁰⁶ En dicha sentencia, la Corte Suprema expresamente reconoce la incompatibilidad del cuidado personal de las hijas por parte de la jueza, por el sólo hecho de estar conviviendo con una persona de su mismo sexo, inhabilitándola moralmente para ejercer este derecho, vulnerando lo dispuesto en el artículo 225 del Código Civil, el cual dispone que, si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos, y en su inciso tercero señala el mismo artículo que, en todo caso, cuando el interés del hijo lo

¹⁰⁵ Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2005. Óp. Cit. P. 338.

¹⁰⁶ Recurso de Queja en causa caratulada “López Atala Matilde y otros”. Rol 1193-2004 Corte Suprema de Chile.

haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Los jueces de la Corte Suprema estimaron que el sólo hecho de convivir con una mujer, era una causa justificada para privar del cuidado de sus hijas a la jueza Atala. En el considerando décimo séptimo de su sentencia, la Corte Suprema presumió que dicha situación puede afectar el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, por la eventual confusión de sus roles sexuales, configurándose una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas.

Por último, los jueces de la Corte Suprema, establecieron en su considerando vigésimo de la sentencia antes citada, una preferencia por una estructura familiar tradicional por sobre otras, al resolver que los jueces de la Corte de Apelaciones que habían optado por confirmar la sentencia que otorgaba a la madre el cuidado personal de sus hijas habían: “(...) dejado de apreciar estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio.” En definitiva, la Corte Suprema consideró a las parejas homosexuales como una forma anormal de familia que no es bien apreciada en el medio social.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2005. Óp. Cit. p. 339.

Debido a lo anterior, la jueza Atala, denunció el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. A petición del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Corte Suprema emitió un informe en el cual sostuvo que no existió discriminación por razones de género o sexuales, y que el fallo de dicho tribunal sólo tendió a proteger a las menores de un ambiente que le pareció que no era el adecuado para su formación moral.¹⁰⁸ Los abogados de la peticionaria cuestionaron la defensa del Gobierno al considerar que reivindicaba: “(...) un fallo judicial que discrimina contra las madres y padres homosexuales, al distinguir de manera arbitraria e irrazonable entre la habilidad de padres heterosexuales y homosexuales para cuidar a sus hijos adecuadamente.”¹⁰⁹

Contrario con el pensamiento del máximo tribunal de nuestro país, el 30 de diciembre de 2008, el juez de familia de Puente Alto resolvió un caso en el cual la mujer cedió la tuición de sus dos hijos, de diez y diecisiete años respectivamente, al padre, que es gay y reside con su pareja. Este fallo es significativo, toda vez que sostiene que la orientación sexual no constituye impedimento alguno para ser padre.¹¹⁰

¹⁰⁸ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2006. 2006. Universidad Diego Portales. P. 431.

¹⁰⁹ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. Óp. Cit. p. 307.

¹¹⁰ Padre gay pide tuición de sus hijos y madre se la cede en tribunales. EMOL. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2009/03/11/348280/padre-gay-pide-tuicion-de-sus-hijos-y-madre-se-la-cede-en-tribunales.html>. 11 de marzo de 2009. [consulta: marzo de 2012].

En lo que respecta a la identidad de género, actualmente no existe norma que permita expresamente a los transexuales cambiar su nombre y sexo en sus partidas de nacimiento, por lo que estas personas deben someterse a la legislación general que deja al arbitrio del juez su situación. La Ley 17.344, en su artículo primero, autoriza el cambio de nombre y/o apellidos cuando haya “menoscabo moral”, siempre y cuando “el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres (...) diferentes de los propios”. Por su parte el artículo 31 inciso segundo de la Ley 4.808 sobre el Registro Civil indica: “No podrá imponerse al nacido un nombre extravagante, ridículo, impropio de personas, equívoco respecto del sexo o contrario al buen lenguaje.”

Es así como tenemos casos de personas que sólo han logrado el cambio de nombre en sus partidas de nacimiento, por el hecho de haber sido conocidas y tratadas por cinco años con un nombre distinto de aquél que les fue asignado, como también existen quienes han logrado el cambio de nombre y de sexo en dichas partidas, luego de haberse sometido a un tratamiento y operación de reasignación de género, pasando por engorrosos exámenes médicos invasivos, que muchas veces menoscaban la dignidad de las personas que se someten a ellos.¹¹¹ Incluso, hay quienes han logrado cambiar su nombre y sexo en la

¹¹¹ RIVERA, Andrés. Informe sobre Chile – Violación a los DDHH de personas transexuales. Quinta ronda del Examen Periódico Universal, enviado a la OEA para su consideración y que

respectiva partida de nacimiento aún sin haberse sometido a un tratamiento y operación de reasignación sexual, de lo que se desprende que no existe un criterio único para decidir estos casos.

Para solucionar la situación antes descrita, existe actualmente un proyecto de ley que busca hacer posible el cambio de nombre y de sexo en los documentos de identificación nacional, sin necesidad de la operación de reasignación sexual, mediante la acreditación, ante el oficial del Registro Civil, del cambio de género, omitiéndose el trámite judicial.¹¹²

2.2.4.1 El Caso Jueza Karen Atala ante organismos internacionales de Derechos Humanos

El 24 de noviembre de 2004, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia por parte de la Sra. Karen Atala, alegando la responsabilidad internacional del Estado de Chile debido a violaciones cometidas por una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que le revocó la tuición de sus tres hijas, fundándose exclusivamente en prejuicios discriminatorios basados en su orientación sexual (ver punto 2.2.4.). La

trata en especial de los derechos de las personas transexuales. Disponible en www.hombrestransdechile.cl. [consulta: marzo 2012].

¹¹² Proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley N° 4.808, sobre Registro Civil e Identificación, permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo. Boletín N° 5679-18. Disponible en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>. [consulta: marzo de 2012].

peticionaria sostuvo que los hechos configuraban la violación de los siguientes derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos: derecho a la integridad personal (artículo 5.1); el derecho a las debidas garantías judiciales (artículo 8); la protección a la honra y a la dignidad (artículo 11.1); la protección de la vida privada (artículo 11.2); la protección a la familia (artículos 17.1 y 17.4); los derechos del niño (artículo 19); la igualdad ante la ley (artículo 24); y el derecho a la protección judicial (artículo 25), conjuntamente con la violación de las obligaciones de respetar los derechos y adoptar las medidas consagradas en los artículos 1(1) y 2 previstos en la Convención Americana; y los artículos 2,5,9 (incisos 2 y 3), 12 y 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.¹¹³

La peticionaria sostuvo que la sentencia de la Corte Suprema aplicó discriminatoriamente las normas sustantivas que regulan la tuición en Chile, las cuales se basan en el interés superior del niño, al hacer una distinción arbitraria e injustificada entre la habilidad de padres heterosexuales y homosexuales de cuidar a sus hijos adecuadamente. Igualmente los peticionarios sostuvieron que se violó el derecho a un debido proceso, toda vez que el recurso de queja deducido por la parte demandante del proceso ante los tribunales chilenos, sólo tiene una naturaleza disciplinaria, siendo que en la realidad los jueces tomaron

¹¹³ Informe N° 42/08 de Admisibilidad, Petición 1271-04 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto 2. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Chile12502.sp.htm>. [consulta: marzo 2012].

una decisión definitiva sobre el fondo del caso sin escuchar adecuadamente a las partes y sin nuevos peritajes que le permitieran tener bases sólidas para reconsiderar la decisión adoptada por los tribunales inferiores, que habían fallado en favor de la madre de las menores. Es más, la defensa de Karen Atala sostuvo que la Corte Suprema aplicó erróneamente el recurso de queja para resolver cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el juicio, por lo que se terminó abriendo una tercera instancia, situación que no existe en el derecho procesal chileno.

Según la peticionaria, el fallo de la Corte Suprema se destaca por haberse enfocado exclusivamente en su orientación sexual y no en otros fundamentos de inhabilidad legal para revocar la tuición de sus hijas, lo cual contraviene el principio de igualdad ante la ley, al ser una aplicación discriminatoria de las normas sustantivas de la tuición. La Corte no habría dado por probado que al declarar su homosexualidad la Sra. Karen Atala habría provocado daños a sus hijas.¹¹⁴

Igualmente, la Corte, a juicio de los peticionarios, habría vulnerado la integridad psíquica y moral de la Sra. Atala, toda vez que con su decisión la marginó, por su condición homosexual, de uno de los aspectos más significativos de la experiencia humana, cual es criar a sus propios hijos, -aun

¹¹⁴ Ibíd. Punto 26.

cuando las mismas niñas en reiteradas oportunidades habrían manifestado su deseo de permanecer con su madre,¹¹⁵ existiendo otras medidas menos drásticas para resguardar la relación de las niñas con su padre.

Por su parte, el Estado chileno solicitó que la denuncia ante la Comisión fuera declarada inadmisibile, debido a que que los hechos contenidos en ella no constituirían violaciones a los derechos protegidos por la Convención, y la peticionaria recurrió a ella como si fuera una especie de “cuarta instancia”, con competencia para revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales sin que éstos hayan actuado fuera de la esfera de su competencia y no hayan dejado de aplicar las debidas garantías judiciales.¹¹⁶

El Estado sostuvo, además, que el fallo se basó en el “(...) imperativo de proteger el interés superior de sus hijas, amagado, según los elementos de convicción allegados al juicio, por el comportamiento de la madre que optó por iniciar una convivencia con una pareja de su mismo sexo, con quien pretendía criar a sus hijas, lo que se estimó inconveniente para la formación y riesgoso para el desarrollo de las menores en el actual contexto de la sociedad chilena”.¹¹⁷ Sobre los derechos de la madre, el Estado de Chile sostiene que no existió una denegación de justicia para ella, ya que: “(...) si bien aparentemente,

¹¹⁵ *Ibíd.* Puntos 28, 29 y 30.

¹¹⁶ *Ibíd.* Punto 33.

¹¹⁷ *Ibíd.* Punto 35.

podría pensarse que la decisión tomada afecta los derechos de la madre, ello no es real, ya que, lo que existe es la defensa de un bien o derecho superior en protección, y el juez debe preferir los derechos de los niños por sobre el derecho de su madre”.¹¹⁸

En adición, el Estado sostuvo que no se configuraba la alegada violación -del derecho a vivir libre de injerencias arbitrarias y abusivas en la vida privada y familiar de la denunciante-, toda vez que el juicio de tuición fue iniciado por su ex cónyuge y los tribunales, por lo tanto, y en virtud del principio de inexcusabilidad, no podían sino “conocer y resolver”.¹¹⁹ Igualmente ocurriría con el argumento, esgrimido por la peticionaria, de faltársele el respeto a su integridad psíquica, mental, honra y dignidad, al publicar en el fallo su condición de homosexual, toda vez que dichos factores fueron fundamentos tanto de la demanda como de las defensas de la Sra. Atala.¹²⁰ El Estado de Chile adujo, que la entrega de la tuición de las niñas a su padre, no fue producto de una discriminación proscrita por la Convención Americana, sino por los efectos que su convivencia con otra persona de su mismo sexo pudieran causar en el bienestar y desarrollo, tanto psíquico como emocional, de sus hijas, señalando que a la fecha de la presentación de los descargos ante la Comisión, las niñas

¹¹⁸ Respuesta del Estado de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Derechos Humanos, 31 de marzo de 2008, citado en Informe N° 42/08 de Admisibilidad, Petición 1271-04 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto 36.

¹¹⁹ Respuesta del Estado de Chile, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Derechos Humanos, 16 de abril de 2008, citado en Informe N° 42/08 de Admisibilidad, Petición 1271-04 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, punto 37.

¹²⁰ Informe N° 42/08 de Admisibilidad, Petición 1271-04, Op. Cit. Puntos 37 y 38.

se encontraban en óptimas condiciones afectivas y materiales para desarrollar todas sus potencialidades y que se destacan en su rendimiento escolar.¹²¹ Con fecha 23 de julio de 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió declarar admisible la petición formulada por la Sra. Karen Atala.

La Comisión aprobó el informe de fondo 139/09, elaborado en observancia del artículo 50 de la Convención, el 18 de diciembre de 2009. Dicho informe concluyó que el Estado de Chile violó el derecho de Karen Atala a vivir libre de discriminación, protección consagrada en el artículo 24 de la Convención, así como también la violación de los derechos estipulados en los artículos 11(2), 17(1), 17(4), 19, 8(1) y 25(1) de la misma Convención.¹²²

El mencionado informe recomendó al Estado chileno: reparar integralmente a Karen Atala y a sus hijas M. V. y R. por las violaciones de derechos humanos establecidas en dicho informe, tomando en consideración su perspectiva y necesidades; adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia. Dispuso además que estas medidas fueran acompañadas de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su

¹²¹ *Ibíd.* Punto 42.

¹²² CIDH, Informe N° 139/09 (fondo), Caso 12.502, Karen Atala e hijas, 18 de diciembre de 2009, párrafo 161.

implementación y de programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos.¹²³

Más tarde, la misma Comisión estimó que el Estado chileno no cumplió con las recomendaciones indicadas en el informe antes mencionado, sobre todo en lo que respecta a evitar la repetición de violaciones como las sucedidas en este caso, por lo cual, el día 17 de septiembre de 2010, decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana.¹²⁴

La Comisión solicitó que la Corte Interamericana declarara que el Estado chileno incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la igualdad y no discriminación, vida privada y familiar, familia, protección especial de las niñas, garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 24, 11.2, 17.1, 17.4, 19, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de respeto y garantía consagrada en el artículo 1(1) de la misma convención. Le pidió a la Corte determinar la reparación de las consecuencias de esta violación y el pago de una indemnización justa. Asimismo, la Comisión estimó que el Estado de Chile debía adoptar medidas de no repetición, a fin de que no vuelvan a cometerse violaciones como las alegadas para este caso.

¹²³ *Ibíd.* Párrafo 162.

¹²⁴ Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile, caso 12.502. Párrafo 39. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf> [Consulta: marzo 2012].

Lo que buscaba la demanda ante la Corte Interamericana no era determinar cuál de los padres de las menores debió haber obtenido la tuición de las mismas, sino demostrar que: “(...) en el proceso de custodia, las autoridades judiciales comprometieron la responsabilidad internacional del Estado chileno por haber aplicado estándares incompatibles con la Convención Americana”.¹²⁵ En su demanda, la Comisión argumentó que la Sra. Atala fue sometida a una diferencia de trato arbitraria, como consecuencia de su orientación sexual, en el contexto de un proceso judicial relacionado con el interés de mantener la custodia de sus hijas, pero que además tuvo serios efectos en su vida privada y familiar, lo que va en contradicción con los derechos garantizados por la Convención Americana.¹²⁶

La demandada sostuvo que no todo tipo de distinción es discriminación y que la Convención no prohíbe toda distinción de trato. Sin embargo, cuando las distinciones se encuentran basadas en ciertas categorías mencionadas expresamente en las cláusulas de no discriminación, existe un consenso en el sentido de que el examen o test que se utiliza para medir su razonabilidad es especialmente estricto. Esto se debe a que, por su naturaleza, dichas categorías son consideradas “sospechosas”, y por lo tanto se presume que la distinción es incompatible con la Convención Americana.¹²⁷

¹²⁵ *Ibíd.* Párrafo 68.

¹²⁶ *Ibíd.* Párrafo 83.

¹²⁷ *Ibíd.* Párrafo 88.

La Comisión observó que la orientación sexual no se encuentra establecida en el texto literal de la cláusula de no discriminación consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana. Sin embargo, el texto mismo de esa norma indica que se trata de una cláusula abierta, que permite la inclusión de otras categorías bajo la fórmula “otra condición social”. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que los tratados de derechos humanos, como la Convención, son “instrumentos vivos”, cuya interpretación debe ser acorde con la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.¹²⁸ En efecto, en diversos casos, tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte Europea, han establecido que la orientación sexual se encuentra comprendida dentro de las cláusulas prohibidas de discriminación de los tratados internacionales respectivos. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció recientemente que la orientación sexual es un motivo implícito de discriminación comprendido en la categoría de “cualquier otra condición sexual”.¹²⁹ La Comisión enfatizó que la orientación sexual de una persona, por sí sola, no es un criterio relevante para determinar su capacidad de ejercer la custodia de sus hijos, ni ella constituye un riesgo para los mismos.¹³⁰

¹²⁸ *Ibíd.* Párrafos 90 y 91.

¹²⁹ *Ibíd.* Párrafos 92 y 93.

¹³⁰ *Ibíd.* Párrafo 114.

La Corte Interamericana había ya establecido que el derecho de las personas a vivir libres de injerencias arbitrarias y abusivas en su vida privada protegido por el artículo 11 de la Convención, se extiende a la vida privada de sus familias. Había establecido, además, que una de las interferencias más grandes es la que tiene por resultado la división de la familia.¹³¹

La Comisión, en su demanda ante la Corte Interamericana, destacó como particularmente grave que en el proceso de tuición, las preferencias y necesidades de las niñas no fueron consideradas por la Corte Suprema de Justicia de Chile, lo que sí fue tomado en cuenta por los tribunales inferiores. Las niñas tenían derecho a un sistema de justicia que velara por sus intereses, escuchándolas, investigando y evaluando de forma imparcial y objetiva la capacidad de ambos padres de cuidar de ellas. A criterio de la Comisión, había quedado establecido que la evaluación de la habilidad de Karen Atala como madre, por parte de la Corte Suprema de Justicia, no fue objetiva, sino primordialmente guiada por el ejercicio de su orientación sexual.¹³²

Con fecha 20 de marzo se dio a conocer la sentencia dictada, con fecha 24 de febrero de 2012, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, condenando al Estado de Chile por violar los siguientes derechos:

¹³¹ Corte I.D.H.. Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 72.

¹³² *Ibíd.* Párrafo 133.

igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en contra de Karen Atala y sus hijas M., V. y R.; derecho a la vida privada consagrado en el artículo 11.2, en relación al artículo 1.1 de la Convención en contra de Karen Atala; los derechos consagrados en los artículos 11.2 y 17.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, en perjuicio de Karen Atala y sus hijas M., V. y R.; derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 de la Convención en perjuicio de las niñas M., V. y R. y por haber violado la garantía de la imparcialidad consagrada en el artículo 8.1 en relación con el 1.1 de la Convención, respecto a la investigación disciplinaria de la que fue objeto Karen Atala.¹³³

La Corte Interamericana estableció que: “(...) los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”.¹³⁴ Respecto de la orientación sexual como motivo de discriminación, la Corte sostuvo que “(...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la

¹³³ Sentencia de 24 de febrero de 2012 caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Párrafo 314. [consulta: marzo 2012].

¹³⁴ *Ibíd.* Párrafo 80.

evolución de los tiempos (...) y al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por la Convención”.¹³⁵ A su vez, sostuvo que no era necesario que la totalidad de la decisión estuviese fundada en la orientación sexual para ser catalogada como discriminatoria, sino que basta constatar que de forma implícita o explícita tal factor se tuvo en cuenta al momento de adoptar una decisión.¹³⁶ A juicio de la Corte, tanto la decisión de tuición provisoria como la sentencia de la Corte Suprema, tuvieron como fundamento principal la orientación sexual de la señora Atala.¹³⁷

Respecto del principio del interés superior del niño, la Corte Interamericana estableció que en los casos de cuidado y custodia de menores, se debe aplicar tal principio a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y de los daños o riesgos reales y probados respecto del bienestar y desarrollo del niño según cada caso, y no especulativos o imaginarios.¹³⁸ La Corte Interamericana determinó también que la Corte Suprema chilena no comprobó en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectase de manera negativa el interés superior de las menores.¹³⁹

¹³⁵ *Ibíd.* Párrafos 83 y 84.

¹³⁶ *Ibíd.* Párrafo 94.

¹³⁷ *Ibíd.* Párrafo 98.

¹³⁸ *Ibíd.* Párrafo 109.

¹³⁹ *Ibíd.* Párrafo 146.

En lo que respecta al derecho a la vida privada, el tribunal internacional dio por acreditado que, a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala, se produjo una injerencia arbitraria en su vida doméstica.¹⁴⁰ Es decir, la Corte reconoció que las personas homosexuales no tienen ninguna desventaja a priori en su calidad de padres, frente a las personas heterosexuales.

Por estas razones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió condenar al Estado de Chile y determinó que su sentencia constituye per se una forma de reparación. Adicionalmente, ordenó al Estado de Chile cumplir con otras medidas.¹⁴¹

El gobierno chileno dijo que acatará el fallo en el menor tiempo posible, mientras que el vocero de la Corte Suprema señaló que el fallo de 2004 se basó en el "interés superior" de las tres hijas del matrimonio López Atala, negando que el tribunal haya discriminado por su opción sexual a la jueza.¹⁴²

2.2.5 Discriminación en colegios

¹⁴⁰ *Ibíd.* Párrafo 166.

¹⁴¹ Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de la Sentencia de 24 de febrero de 2012 en caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/resumen_239_esp.pdf. [consulta: marzo de 2012].

¹⁴² Caso Atala: gobierno hará cumplir fallo y Suprema insiste en que no discriminó. La Tercera. Disponible en <http://diario.latercera.com/2012/03/22/01/contenido/pais/31-104332-9-caso-atala-gobierno-hara-cumplir-fallo-y-suprema-insiste-en-que-no-discrimino.shtml>. 22 de marzo de 2012. [consulta: marzo de 2012].

Hoy en día, las personas inician su vida sexual cada vez a más temprana edad;¹⁴³ esto no es distinto para las personas LGBT. Lo anterior ha causado que en muchos centros de educación tanto públicos como privados se haya discriminado a alumnos gays o lesbianas que han manifestado abiertamente su orientación sexual. Dichas discriminaciones pueden consistir desde un trato desigual, burlas, agresiones verbales y/o físicas, hasta la expulsión de dichos alumnos(as) de los respectivos establecimientos educacionales. A modo de ejemplo, el año 2007 una alumna del liceo politécnico San Miguel Arcángel fue hostigada por la dirección del establecimiento por el hecho de ser lesbiana. La directora del establecimiento habría presionado a la alumna a que se relacionara con hombres, así como también habría recomendado a sus compañeras no tener contacto con ella. Es así como el establecimiento le canceló la matrícula para el año 2008, decisión que fue revocada en enero de dicho año por el mismo establecimiento, tras una mediación del Ministerio de Educación.¹⁴⁴

La Observación General N°13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha vinculado el mandato general de no discriminación con el derecho a la educación. En su opinión: “(...) la

¹⁴³ Sexualidad de las y los jóvenes chilenos. Resultados tercera encuesta nacional de juventud. Disponible en http://extranet.injuv.gob.cl/cedoc/Coleccion%20Genero/Sexualidad_Juvenil_Tercera%20Encuesta.pdf. [consulta: marzo de 2012].

¹⁴⁴ .Nuevo triunfo: reintegran a colegio a alumna expulsada por lesbiana. Disponible en http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=566&Itemid=1. [consulta: marzo 2012].

educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos”.¹⁴⁵

2.2.6. Discriminación en diversos medios de comunicación social

Esta forma de discriminación es significativa por la enorme cantidad de personas que se informan a través de los medios de comunicación social audiovisuales o escritos. Sabemos que existe un contexto general de discriminación hacia estas minorías, pero ello es potenciado por la imagen que se muestra de las minorías sexuales en los medios de comunicación, generalmente a través de la burla, caricaturizaciones, estereotipos, condenas religiosas o su asociación con pedofilia y otras desviaciones sexuales. A partir de esta exposición, se fomenta el trato desigual hacia estas minorías.

Como respuesta a lo anterior, en la sesión del día 21 de marzo de 2011, el Consejo Nacional de Televisión (CNTV), acordó formular cargos al canal Chilevisión por infracción al artículo 1° de la Ley 18.838,¹⁴⁶ que se configuró por la exhibición de las rutinas de los humoristas Oscar Gangas y Mauricio Flores

¹⁴⁵ Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG N°13: El derecho a la educación, párrafo 6.b.i.

¹⁴⁶ Artículo 1° inciso 3° Ley 18.838: Se entenderá por correcto funcionamiento de esos servicios el permanente respeto, a través de su propia programación, a los valores morales y culturales propios de la Nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico.

en la versión N° 52 del Festival de la Canción de Viña del Mar los días 23 y 24 de febrero de 2011, en los cuales se hizo escarnio de los homosexuales, afectando la dignidad de sus personas y vulnerando el principio pluralista, todo lo cual representa una inobservancia al principio del correcto funcionamiento de los servicios de televisión.¹⁴⁷ Dentro de los descargos de Chilevisión, se encuentra el hecho que las rutinas de los humoristas antes mencionados no pueden ser catalogadas de atentatorias a la dignidad de las personas ni menos de intolerantes, sino sólo de humorísticas (...) dado el contexto en que se realizan, estas no pueden tener otro alcance que el de expresiones de humor, junto con el hecho que estas rutinas humorísticas se encuentran permitidas en un Estado democrático y son manifestaciones del legítimo ejercicio de la Libertad de Expresión.¹⁴⁸

En mayo del 2011 el CNTV decidió sancionar a Chilevisión y condenarla al pago de 400 Unidades Tributarias Mensuales por considerar que "(...) en las rutinas de los humoristas antes sindicados fue perceptible, como rasgo predominante en ellas, la mofa que en soez lenguaje se hace de la minoría homosexual; así, el recurso a la persistente ridiculización de la referida minoría, empleado para suscitar la hilaridad del público, representa un hostigamiento,

¹⁴⁷ Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Televisión del Día 16 de Mayo de 2011. Disponible en http://www.cntv.cl/acta-de-la-sesion-ordinaria-del-cntv-del-16-de-mayo-de-2011/prontus_cntv/2011-05-30/164420.html. [consulta: marzo 2012].

¹⁴⁸ Descargos de Chilevisión citados en Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Televisión del Día 16 de Mayo de 2011.

que no puede sino herir la dignidad de sus personas, lo que, además, por el manifiesto depósito de intolerancia frente a la diversidad que a él subyace, constituye un atentado al principio democrático(...)".¹⁴⁹

2.2.7. Ley Antidiscriminación

Recientemente en Chile, se aprobó la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación, primera ley específica que tiene por objetivo fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria.¹⁵⁰ El proyecto inicial de esta ley fue ingresado a la Cámara de Diputados mediante el Mensaje N° 315-352 o Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación. Dicho proyecto buscaba consagrar una acción especial que amparase el principio de no discriminación, toda vez que su vulneración generalmente trae asociada la afectación de otros derechos relevantes de naturaleza económica y cultural.¹⁵¹ El proyecto contemplaba la posibilidad de prescindir de la existencia de daño para que la discriminación fuera reprochable, además de señalar que la discriminación sería catalogada

¹⁴⁹ Acta de la Sesión Ordinaria del Consejo Nacional de Televisión del Día 16 de Mayo de 2011 Número 7. Considerando Décimo Cuarto.

¹⁵⁰ Artículo 1° Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092>. [consulta: agosto 2012].

¹⁵¹ Mensaje N° 315-352. Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación. Disponible en http://www.elmostrador.cl/c_pais/imagenes/Proyecto_antidiscriminacion.pdf. P. 4. [consulta: agosto 2012].

como arbitraria cuando adolezca de falta de fundamento o de proporcionalidad o de desviación de fin.

En el mismo sentido, el proyecto de ley contemplaba una acción para reclamar por las discriminaciones arbitrarias, la que podía interponerse ante los Tribunales de Justicia. Su causal sería cualquier “(...) acción u omisión que importe una discriminación arbitraria, que es aquella que no tiene fundamento, es desproporcionada, o tiene una clara distorsión de fines”.¹⁵² En el proyecto original, el tribunal competente para conocer de dicha acción iba a ser la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que la acción tuviera una tramitación lo más desformalizada y rápida posible. Se establecía, además, una acción de indemnización de perjuicios, y una modificación al artículo 12 del Código Penal, en el sentido de establecer una nueva agravante, que vendría a ser, la “(...) comisión del acto delictivo motivado por la discriminación”.¹⁵³

Si bien esta ley no se encuentra exclusivamente destinada a proteger a las personas homosexuales, lesbianas, bisexuales y transexuales de la discriminación, su inclusión dentro de las demás categorías sospechosas -como la raza, el sexo, la edad, entre otras-, se tradujo en que el proyecto tardó aproximadamente siete años en convertirse en ley, sufriendo sucesivas mermas en su eficacia contra las prácticas discriminatorias, principalmente producto de

¹⁵² *Ibíd.* p. 10.

¹⁵³ *Ibíd.* p. 13.

presiones ejercidas por quienes veían con malos ojos la prohibición de discriminación hacia estos sectores.

La ley que recientemente entró en vigencia, se diferencia del proyecto inicial, en el sentido que se cambió el tribunal competente para conocer de la acción de discriminación, toda vez que hoy en día el tribunal llamado a conocer de estas causas es el Juzgado de Letras del domicilio del denunciante o del denunciado. Además, se cambió lo que se entiende por discriminación arbitraria, definiéndose ésta como “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”.¹⁵⁴ Otro cambio que sufrió la ley respecto del proyecto original presentado, consiste en la eliminación de la acción de indemnización de perjuicios, lo que se traduce en un cierto desincentivo a la población a denunciar los hechos discriminatorios, toda vez que sólo pueden lograr que quien haya cometido un acto de tal naturaleza sea condenado, una vez acreditado el acto discriminatorio, a pagar una multa a beneficio fiscal.

¹⁵⁴ Artículo 2° Ley 20.609.

En el mismo orden de ideas, se modificó la redacción del artículo del proyecto que contemplaba una agravante adicional al artículo 12 del Código Penal, quedando dicha agravante como: “cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”.¹⁵⁵ Por último, pero no menos importante, la ley fue aprobada con un artículo que señala expresamente que los preceptos de la ley antidiscriminación no podrán ser interpretados como derogatorios o modificatorios de otras normas legales vigentes,¹⁵⁶ siendo que, como hemos visto a lo largo de éste capítulo, existen normas que actualmente discriminan a determinados sectores de la población.

¹⁵⁵ Artículo 17 Ley 20.609.

¹⁵⁶ Artículo 18 Ley 20.609.

Capítulo III: Análisis del derecho comparado respecto de las uniones entre personas del mismo sexo

3.1 El análisis de casos señeros

A fin de analizar las razones que la jurisprudencia y las diferentes legislaciones han esgrimido para aceptar el matrimonio y/o uniones civiles de hecho entre personas del mismo sexo, resulta fundamental examinar bajo qué condiciones ocurrió este fenómeno y cómo se llegó a su implementación en distintos países.

Por cierto, se hace imposible abarcar en tal examen todos los Estados y/o jurisdicciones que han regulado de alguna forma los matrimonios entre personas del mismo sexo o que norman las uniones civiles no matrimoniales entre estas personas. Por tanto, hemos intentado incluir los principales ejemplos que sean representativos de las principales modalidades de dichas reformas, sean estas legislativas o jurisprudenciales, como también la forma y el contexto en que éstas se gestaron.

Asimismo, conviene analizar el desarrollo de estas materias de forma separada, para durante el desarrollo de capítulo IV, relacionar las mejores

argumentaciones de los países extranjeros en estudio con ideas que se han planteado en el debate nacional.

3.1.1 Países Bajos

Los Países Bajos son el primer caso en que se aprobó el matrimonio para personas del mismo sexo a través de reformas legales. Las iniciativas por conseguir dicha aceptación normativa tomaron fuerza a principio de los años 90, impulso que se vió concretizado en el 2001. Dicho proceso se desarrolló gracias a reformas menores pero sucesivas de carácter legal.

En 1994 entró en vigencia la *Equal Treatment Act*, que agregó la orientación sexual al catálogo de las categorías por las cuales se encuentra prohibido discriminar. Lo anterior vino a codificar una larga tradición de aceptación de la diversidad en dicho territorio, buscando lograr una mayor seguridad jurídica al disminuir el rango de interpretación de la norma base. Así: *“Without doubt: the Netherlands is a diverse society and has been so for centuries. For a long period of time this was not consciously debated. However, the question is currently explicit: how does the Netherlands take this diversity? In article one of the Dutch Constitution the equality principle is taken into account. “Discrimination on account of religion, philosophy of life, political persuasion, race, gender, or on any other grounds whatsoever, is not permitted”.*

Nationality and sexual orientation were added in the 'General Equal Treatment Act' of 1994.¹⁵⁷

Posterior a este verdadero “puntapié inicial”, una serie de proyectos de ley nacidos del Parlamento (1996) se inclinaron en dirección a regular el estatuto jurídico de las parejas del mismo sexo, resaltando en 1998 la aprobación de un proyecto de *Registered Partnership* -Asociaciones Civiles Registradas-, el cual en un principio excluía la adopción de menores de edad. Ya a fines del mismo año se reformó en el sentido de consagrar los mismos derechos, tanto para los heterosexuales como los homosexuales.

Finalmente, a fines del año 2000 el Senado votó la propuesta -redactada por la Cámara Baja- para regular el matrimonio y la adopción por parte de parejas del mismo sexo, siendo aprobada y entrando en efecto en abril de 2001. Esta reforma se realizó modificando pasajes del Código Civil, estableciendo un lenguaje explícito de admisión de parejas heterosexuales y homosexuales dentro de la institución del matrimonio civil, monogámico y con la posibilidad de pasar del matrimonio civil a la Asociación Registral y viceversa, generando los mismos derechos y obligaciones para todas las parejas que se unan bajo estas

¹⁵⁷ VAN HOUTEN, Douwe. *Equality and Diversity in the Dutch Welfare State*. 2007. *Social Work and Society International Online Journal*. University of Humanistics Utrecht. The Netherlands. Vol 5, N°2. Disponible en <http://www.socwork.net/sws/article/view/110/399>. [consulta: marzo 2012].

instituciones.¹⁵⁸ La única diferencia observada se relaciona con los menores que nacen durante el matrimonio, en el sentido que: si dos mujeres contraen matrimonio y una de ellas tiene un hijo dentro de esta institución, será la madre legal aquella que da a luz al recién nacido, mientras que la pareja de ella deberá adoptarlo, aplicándose la misma solución para una pareja de hombres que haya contraído matrimonio, en el que uno de ellos sea padre biológico de un menor.

En la época de adopción de dichas reformas, novedosas normas de Derecho Internacional Privado, especialmente introducidas por el Estado, debieron ser aplicadas para adaptarse la situación del derecho interno holandés a las normas extranjeras.¹⁵⁹ Esta nueva realidad se resume en las explicaciones entregadas por la Cámara Baja para la aprobación del proyecto.¹⁶⁰

Para explicar los alcances de esta nueva ley a la ciudadanía, el gobierno de los Países Bajos ha sido didáctico al anunciar que existen tres posibilidades

¹⁵⁸ Universiteit Leiden, The Netherlands. *Text of Dutch Law on the opening up of marriage for same-sex partners (plus explanatory memorandum)*. Traducido por WAALDIJK, Kees. Mayo 2001. Disponible en <http://media.leidenuniv.nl/legacy/Translation.pdf>. [consulta: marzo 2012].

¹⁵⁹ Government of the Netherlands, Ministry of Justice and Security. *“Same-sex Marriage”*. En <http://www.government.nl/issues/family-law/same-sex-marriage>. “The Netherlands has led the way in terms of opening up marriage for same-sex couples. Nowadays several other countries in Europe (such as Spain and Belgium) have also provided for gay marriage, but same-sex couples should always bear in mind that their marriage and its consequences will not be accepted in every country.” [Consulta: marzo 2012]

¹⁶⁰ *Ibídem*. P. 7 ““From the government’s manifesto of 1998 (Parliamentary Papers II, 1997/1998,26024, nr. 9, p 68) it appears that the principle of equal treatment of homosexual and heterosexual couples has been decisive in the debate about the opening up of marriage for persons of the same sex.”

de asociación reconocidas por la ley: a) Matrimonio; b) Asociación Registral - *Registered Partnership*- y c) Acuerdo de Cohabitación -*Cohabitation Agreement*-. Existe una cuarta opción, cual es la vida en común sin acuerdo oficial alguno -*Living together without any official agreement*-, el cual carece de valor legal.¹⁶¹

Así, Holanda fue el primer país del mundo en legalizar los matrimonios, seguido de Bélgica. El rasgo característico de este proceso fue la fuerte voluntad del legislador para realizar dichas reformas, sin contar con una oposición de peso, en un cuadro de histórico reconocimiento a la diversidad.

3.1.2. España

El matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra permitido desde el año 2005 gracias a la aprobación de la Ley 13/2005, convirtiéndose en el tercer país del mundo en aprobar dicho tipo de uniones, siguiendo a Holanda y Bélgica.

La historia de la aprobación de aquella reforma se remonta al año 2004, año en que el candidato a las elecciones generales por el Partido Socialista

¹⁶¹ Government of the Netherlands, Ministry of Security and Justice. "*Marriage, registered partnership and cohabitation agreements*". En <http://www.government.nl/issues/family-law/marriage-registered-partnership-and-cohabitation-agreements>. [consulta: marzo 2012]

Obrero Español (PSOE) -José Luis Rodríguez Zapatero- contempló en su programa de gobierno una modificación al Código Civil español, en el sentido de posibilitar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, junto con el ejercicio de todos los derechos que esta institución conlleva, buscando asegurar la plena equiparación legal y social de lesbianas y gays.¹⁶² Dicha campaña electoral marcó un hito, al ser el momento en que se instauró oficialmente en el país ibérico el debate del tema que nos ocupa, contando con una fuerte oposición liderada por las iglesias y el PP (Partido Popular).

Finalmente, la ley 13/2005,^{163 164} modificó el Código Civil, agregando a su artículo 44 el siguiente inciso: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.” Adicionalmente, dicha ley adecuó las normas que hacían referencia al “marido” y a la “mujer”, para cambiarlas por “contrayentes”. La ley en comento permitió también a los matrimonios compuestos por personas del mismo sexo adoptar menores en forma conjunta. Por último, se estipuló una cláusula de cierre que tiene por objeto zanjar ciertas diferencias de interpretación que ciertas normas pudiesen generar: “(...) las disposiciones legales y reglamentarias que

¹⁶² Programa Electoral del PSOE para las elecciones del 14 de marzo de 2004. Disponible en http://www.cadenaser.com/comunes/2004/elecciones2004/programas/psoe_programa.pdf. P. 32. [consulta: marzo 2012].

¹⁶³ El Congreso aprueba la ley que permite a los homosexuales el matrimonio y la adopción. ELMUNDO.ES. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/06/30/espana/1120094708.html>. 30 de junio de 2005. [consulta: marzo de 2012].

¹⁶⁴ Disponible en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/l13-05.htm>. [consulta: marzo 2012].

contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”, lo que se tradujo en la extensión de todos los derechos consagrados para los matrimonios heterosexuales a los cónyuges del mismo sexo. Un rasgo sobresaliente de este período de reformas, fue la opinión del Rey Juan Carlos I, quien reconoció el valor de estos cambios normativos en la adecuación del Código Civil a la nueva realidad social.¹⁶⁵

Mas tarde, se conoció por el Tribunal Constitucional de dicho país un recurso de inconstitucionalidad presentado por miembros del Partido Popular en contra de la ley 13/2005.¹⁶⁶ Dicha acción se fundaba en la supuesta inconstitucionalidad de la ley, la cual atentaría principalmente contra lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución española,¹⁶⁷ desvirtuando la esencia de la institución del matrimonio.¹⁶⁸ En suma, se busca a través de este

¹⁶⁵ Ley 13/2005 disponible en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/113-05.htm>, “(...) no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad, ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones.” [consulta: marzo 2012].

¹⁶⁶ <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/113-05.htm>, [consulta: marzo 2012].

¹⁶⁷ Constitución Española de 1978, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#a32, “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. [consulta: marzo 2012].

¹⁶⁸ Recurso de Inconstitucionalidad número 6864-2005 presentados por los diputados del Partido Popular en contra de la ley 13/2005. Disponible en <http://www.hazteoir.org/documentos/recursopp.htm>: “Los diputados del Partido Popular señalan en su recurso de inconstitucionalidad que: “(...) se recurre la ley porque es inconstitucional dado que, entre otras cosas, la ampliación de tales derechos se hace, innecesariamente y cuando podría hacerse de otra manera sin merma del objetivo perseguido, desvirtuando una institución social y jurídica, fácil y universalmente reconocible, como es el matrimonio, y sin respetar el derecho querido por millones de ciudadanos y protegido por la Constitución a adherirse

recurso conceder iguales derechos a las uniones del mismo sexo, con la salvedad de darle a esta nueva institución un nombre distinto, para diferenciarlo del matrimonio “clásico”, el que se reservaría exclusivamente a la unión de un hombre y una mujer. Para los recurrentes, la inconstitucionalidad de la ley 13/2005, respecto del artículo 32 de la Constitución española, estaría dada principalmente por dos razones: primero, que el derecho a contraer matrimonio es exclusivo para la unión de un hombre y una mujer, siendo entonces la condición de heterosexual de los contrayentes una característica esencial; y segundo, que la Constitución dota al matrimonio de garantía institucional, asegurando su existencia en el ordenamiento jurídico con el contenido predeterminado que ha acogido el texto constitucional, dado que la garantía institucional del matrimonio no se reduce a su propia existencia sino que incluye su preservación en los términos que lo hacen reconocible conforme a la Constitución.¹⁶⁹ Actualmente, -agosto de 2012- dicho recurso se encuentra pendiente de ser fallado.¹⁷⁰

3.1.3 Massachusetts

personalmente a una institución como es la del matrimonio entre mujer y hombre, entre personas de distinto sexo, considerada fundamental por nuestro ordenamiento y para nuestra sociedad”. [consulta: marzo 2012].

¹⁶⁹ Loc. Cit.

¹⁷⁰ Los ministros de Rajoy salen en bandada a rectificar a Gallardón sobre los matrimonios gais. EL PLURAL.COM. Disponible en <http://www.elplural.com/2012/02/07/el-ministro-de-interior-enmienda-la-plana-a-gallardon-sobre-el-matrimonio-gay-si-no-pensaramos-que-es-inconstitucional-no-lo-hubieramos-recurrido/>. 07 de febrero de 2012. [consulta: marzo de 2012].

Massachusetts fue el primer estado de los Estados Unidos que aprobó los matrimonios entre personas del mismo sexo, convirtiéndose además en una de las legislaciones pioneras en el mundo sobre este punto. Es importante destacar que, a diferencia de lo que ocurrió en California, los Países Bajos y España, la solución provino desde la legislatura como última instancia y como consecuencia de la decisión del Poder Judicial de dicho estado (California comenzó a debatir estos asuntos a propósito de una decisión municipal, finalizando en la arena judicial como lo veremos en el punto siguiente).

En abril de 2001, la *Gay and Lesbian Advocates and Defenders* (GLAD), organización que busca terminar la discriminación basada en orientación sexual, identidad de género y expresión,¹⁷¹ demandó al Departamento de Salud del Estado de Massachusetts en nombre de 7 parejas homosexuales a las cuales se les habían negado las licencias para contraer matrimonio con motivo de su orientación sexual, argumentando que la exclusión de las parejas solicitantes y/o de cualquier otra, del derecho a contraer matrimonio ante el Estado, así como también de las protecciones, beneficios y obligaciones del matrimonio, violaban la ley de Massachusetts. El caso sería conocido como *Goodridge v. Department of Public Health*.¹⁷²

¹⁷¹ Gay And Lesbian Advocates & Defenders (GLAD), *Our Mission*, Disponible en <http://www.glad.org/about/mission> [consulta: marzo 2012].

¹⁷² Commonwealth Of Massachusetts, demanda presentada por Hillary Goodridge *et al*, contra el Departamento de Salud de Massachusetts. Disponible en <http://www.glad.org/uploads/docs/cases/goodridge-et-al-v-dept-public-health/2001-04-11-goodridge-complaint.PDF> “WHEREFORE, *the plaintiff respectfully requests that this Honorable*

En consideración a esto, el *General Attorney* -especie de Ministro (o Seremi) de Justicia del Estado-, en representación del Departamento de Salud, solicitó que el asunto fuera conocido por el Poder Legislativo en vez del Judicial, por ser estas materias de amplio interés público,¹⁷³ solicitando un pronunciamiento sin forma de juicio al tribunal. Ya en mayo de 2002, la Corte Superior de Suffolk resolvió a favor del Departamento de Salud del Estado, sosteniendo que estos asuntos son materias del legislador y rechazando la solicitud por los méritos constitucionales que alegaban los demandantes. La apelación posterior provocó que el asunto fuera conocido finalmente por la Corte Suprema de Massachusetts.

Meses antes del fallo, la Corte Suprema de los Estados Unidos había hecho noticia al anular todo rastro de penalización de la sodomía y reafirmar el derecho a la privacidad de los LGBT a través del caso *Lawrence v. Texas* (2003).¹⁷⁴ Ello resultó crucial para la decisión de la Corte a favor de conceder licencias de matrimonio a personas del mismo sexo en Massachusetts, como se verá más adelante.

Court order the following relief: 1. Enter a declaratory judgment that the exclusion of the Plaintiff couples and other qualified same-sex couples from access to marriage licenses, and the legal and social status of civil marriage, as well as the protections, benefits and obligations of marriage, violates Massachusetts law; 2. Award reasonable costs and attorneys' fees; and 3. Grant such other relief as is just and appropriate. [Consulta: marzo 2012].

¹⁷³ Commonwealth Of Massachusetts, Memorandum in Opposition to Plaintiff's Motion For Summary Judgement And In Support Of Defendant's Motion For Summary Judgement. Disponible en http://www.boston.com/news/daily/18/ag_memo.pdf [consulta: marzo 2012]

¹⁷⁴ United States Supreme Court Of Justice. "*Lawrence v. Texas*" - 539 U.S. 558 (2003). Disponible en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html> [consulta: marzo 2012].

Finalmente, en noviembre de 2003, La Corte Suprema del Estado de Massachusetts sentenció -en una reñida votación de 4 a 3- que la prohibición a las parejas homosexuales para contraer matrimonio deviene inconstitucional, que no se puede privar a un grupo de personas de las obligaciones, beneficios y protecciones que brinda el matrimonio civil, y que no es aceptable la imposición de códigos morales y religiosos propios a la libertad de todos.¹⁷⁵ Esta sentencia resultó muy influyente para el resto de los Estados Unidos, primero por la fecha en que se dictó -inmediatamente posterior a *Lawrence v. Texas*-; y segundo, por los argumentos utilizados, los cuales creemos son de muy buena calidad. Finalmente, la Corte Suprema determinó que la implementación del matrimonio entre homosexuales debía llevarse a efecto

¹⁷⁵ *Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health & another* 440 Mass. 309 March 4, 2003 - November 18, 2003 Suffolk County. Disponible en <http://masscases.com/cases/sjc/440/440mass309.html>: "*For those who choose to marry, and for their children, marriage provides an abundance of legal, financial, and social benefits. In return it imposes weighty legal, financial, and social obligations. The question before us is whether, consistent with the Massachusetts Constitution, the Commonwealth may deny the protections, benefits, and obligations conferred by civil marriage to two individuals of the same sex who wish to marry. We conclude that it may not. The Massachusetts Constitution affirms the dignity and equality of all individuals. It forbids the creation of second-class citizens. In reaching our conclusion we have given full deference to the arguments made by the Commonwealth. But it has failed to identify any constitutionally adequate reason for denying civil marriage to same-sex couples.*" A continuación agrega: "*We are mindful that our decision marks a change in the history of our marriage law. Many people hold deep-seated religious, moral, and ethical convictions that marriage should be limited to the union of one man and one woman, and that homosexual conduct is immoral. Many hold equally strong religious, moral, and ethical convictions that same-sex couples are entitled to be married, and that homosexual persons should be treated no differently than their heterosexual neighbors. Neither view answers the question before us. Our concern is with the Massachusetts Constitution as a charter of governance for every person properly within its reach. "Our obligation is to define the liberty of all, not to mandate our own moral code."* *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2480 (2003) (*Lawrence*), quoting *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 850 (1992)." [Consulta: marzo 2012].

dentro de 180 días a través de las autoridades competentes, en este caso el Gobernador del Estado.

El razonamiento de la Corte Suprema de Massachusetts es muy similar al de los demandantes. Así, pese a la idea de la parte contraria, en cuanto a que el asunto debía ser resuelto por el Poder Legislativo, se responde señalando que nunca ha habido una excepción para conocer de estos asuntos por la Corte.¹⁷⁶

La parte vencida en juicio agotó todos los recursos -judiciales o no-disponibles. Es así como se presentaron mociones legislativas para modificar la Constitución del Estado y con ello prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, generando una tensa espera para los vencedores. Si a lo anterior sumamos que el Gobernador de aquella época era Mitt Romney -actual candidato presidencial republicano, (agosto de 2012), partido que tradicionalmente abraza ideas más conservadoras de la sociedad-, podemos comprender el contexto de incertidumbre sobre el resultado final de la decisión judicial.

¹⁷⁶ BONAUTO, Mary L, "Goodridge in Context" Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 40 P. 37. Disponible en http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol40_1/bonauto.pdf :*"While some of the Goodridge dissenters would have left the issue to legislative resolution, the better argument is that there has never been a marriage exception to the power of courts to decide constitutional questions. There is no justiciability exception for state marriage restrictions based on race, based on a parent's inability to pay child support, or based on the fact of incarceration, nor should there be for same-sex couples* [consulta: marzo 2012]

En definitiva, el 17 de mayo de 2004, justo a punto de expirar el plazo que la Corte Suprema del Estado había establecido para que entrara en efecto su decisión, comenzaron a emitirse licencias para que parejas del mismo sexo contrajesen matrimonio.¹⁷⁷ Respecto a la posición del Gobernador Romney, existen varias versiones de su reacción ante esta decisión; la más creíble de acuerdo a los antecedentes es la de su oposición –por lo menos tácitamente- a esta sentencia. Así por lo demás se expresa en sitios web de la actual campaña política que enfrenta.¹⁷⁸

Numerosas propuestas de reforma constitucional se presentaron como respuesta a la decisión Suprema. Incluso entró al debate una ley de 1913 - invocada por Mitt Romney en 2004-, que prohibía a los residentes de otros estados contraer matrimonio en Massachusetts, si el matrimonio era inválido en el Estado al que pertenecían, fuera este homosexual o heterosexual. Se piensa que la creación original de esta ley residía en las diferencias legislativas entre los diferentes estados de la unión respecto a la regulación del matrimonio interracial y a la mayor facilidad que tenían las parejas de distinto color para

¹⁷⁷ “Same-sex couples exchange vows in Massachusetts”. CNN.com. Sección “Justice”. Mayo 2004. Disponible en http://articles.cnn.com/2004-05-17/justice/mass.samesex.marriage_1_plaintiff-couples-compton-and-wilson-couples-exchange?_s=PM:LAW [consulta: marzo 2012].

¹⁷⁸ “Setting The Record Straight”. WhyRomney.com. Disponible en <http://whyromney.com/#gaymarriage> “When gay marriage came before the MA Supreme Court, Romney fought against the decision which made gay marriage a right. As governor he had to enforce the ruling, which some have faulted him for doing, but critics do not apply that standard to other issues, for instance faulting Pro-Life governors for enabling abortions in their states because of court decisions legalizing abortion.” [Consulta: marzo 2012].

contraer dicho vínculo en el Estado de Massachusetts. Esta ley fue eliminada por el Senado en el año 2008,¹⁷⁹ lo que lleva a concluir que la historia no es una guía invariable para determinar los derechos, sus alcances e interpretaciones.

Actualmente, el debate asoma a nivel federal, con la declaración de inconstitucionalidad de la *Defense of Marriage Act* (DOMA),¹⁸⁰ ley federal que data de 1972 y que define las palabras “matrimonio” y “esposos” como constitutivas solamente para las parejas de diferente sexo. Para el caso inicial en estas instancias superiores (*Gill v. Office of Personnel Management*), el Juez Distrital -Federal- Joseph Tauro declaró que esta ley federal viola el principio de igual protección de los derechos, garantizado por el debido proceso de ley y consagrado en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Acompaña a esta sentencia la del caso *Massachusetts v. U.S. Dep't of Health and Human Services* la cual, según el mismo juez, viola la Décima enmienda de dicha Carta Fundamental, donde “los poderes no delegados a los EEUU por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los estados o al pueblo”.¹⁸¹

¹⁷⁹ *A 1913 Law Dies to Better Serve Gay Marriages*. The New York Times. Sección U.S. Julio 2008. En <http://www.nytimes.com/2008/07/16/us/16gay.html> [consulta: marzo 2012].

¹⁸⁰ Ello por parte de un juez distrital de Massachusetts en el caso *Gill v. Office of Personnel Management* (Julio 2010), y directamente dos requerimientos similares en otros estados: Connecticut y Nueva York.

¹⁸¹ *The Constitution of the United States of America*, en <http://www.law.cornell.edu/constitution/> [consulta: marzo 2012].

Sobre la base de los casos anteriores y otros de diversos estados, el Secretario de Justicia de los Estados Unidos anunció que el presidente Barack Obama ordenó no seguir defendiendo la DOMA ante los tribunales federales, argumentando que las clasificaciones legales que se basen en la orientación sexual para diferenciar a las personas, deben estar sujetas a un escrutinio mayor, y, por ello, la DOMA deviene inconstitucional.¹⁸²

Queda pendiente algún pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos a propósito de este asunto; con todo, el hecho que el Presidente, a través del Departamento de Justicia, decida no defenderla es una clara señal respecto de la posición que adopta el gobierno.

3.1.4 California

El Estado de California tiene una particular historia respecto al debate sobre si permitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. Fue el segundo Estado en permitir los matrimonios entre personas del mismo sexo,

¹⁸² Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Oficina de Asuntos Públicos. Declaración del Secretario de Justicia de los Estados Unidos acerca del litigio asociado a la Ley de Defensa del Matrimonio. Washington. Febrero 2011. Disponible en <http://www.justice.gov/spanish/pr/2011/February/11-ag-222-spanish.html> "(...) el Presidente ha concluido que, si se cumplen una serie de factores, incluida una historia documentada de discriminación, las clasificaciones que se basen en la orientación sexual deberían estar sujetas a una norma más estricta de escrutinio. El Presidente también ha concluido que la Sección 3 de la DOMA, en lo que se refiere a parejas del mismo sexo casadas, deja de cumplir con dicha norma y, por lo tanto, es inconstitucional. Dada dicha conclusión, el Presidente ha instruido al Departamento que no defienda la ley en dichos casos. Estoy totalmente de acuerdo con la determinación del Presidente." [consulta: marzo 2012].

aunque más tarde lo prohibió, producto de una enmienda constitucional sometida a voto popular.

El tema en estudio comenzó el 12 de febrero del año 2004, día en que el Alcalde de la ciudad de San Francisco, Gavin Newsom, permitió la entrega de licencias de matrimonio a las parejas del mismo sexo en respuesta a la idea del presidente G.W. Bush de modificar la Constitución Federal para definir matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer.¹⁸³ Lo anterior fue posible mediante la interpretación del artículo 1, SEC. 31. de la Constitución de California.¹⁸⁴ Esta novedad normativa tendría rápidas consecuencias en otras partes del Estado. Así, el Alcalde de San José, Ron González, y el consejo del Municipio aprobaron conceder los mismos beneficios tanto a los matrimonios homosexuales como heterosexuales.¹⁸⁵

Desde todas partes del país llegaron parejas a contraer matrimonio, calculándose en unas 4.000 las celebraciones en total desde su permisión

¹⁸³ *Mayor defends same-sex marriages*. CNN. febrero 2004, sección "Justice". Disponible en http://articles.cnn.com/2004-02-22/justice/same.sex_1_marriage-licenses-couples-political-career?_s=PM:LAW En palabras del Edil: "*I took an oath of office to bear truth, faith and allegiance to the constitution of the state of California, and there is nothing in that constitution that says that I have the right to discriminate against people on any basis,*" he said. "*And I simply won't do that.*" [consulta: marzo 2012].

¹⁸⁴ California Constitution. Disponible en <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/waisgate?waisdocid=83526714515+1+0+0&waisaction=retrieve> "a) *The State shall not discriminate against, or grant preferential treatment to, any individual or group on the basis of race, sex, color, ethnicity, or national origin in the operation of public employment, public education, or public contracting.*" [consulta: marzo 2012].

¹⁸⁵ "*San Jose recognizes gay marriage*". Chicago Tribune. San Francisco, California. Marzo 2004. Disponible en http://articles.chicagotribune.com/2004-03-10/news/0403100284_1_gay-marriage-marriage-licenses-same-sex [consulta: marzo 2012].

hasta el término de ésta, ocurrida en marzo del mismo año, donde, luego de una petición propia del sistema del *Common Law*, denominada *Writ of Mandamus*, la Corte Suprema de California resolvió la suspensión de la facultad para conceder licencias de matrimonio a personas del mismo sexo hasta que se revisara la legalidad de dicha medida por la misma Corte. Finalmente esta resolvió que el Alcalde se excedió en sus atribuciones,¹⁸⁶ y por lo tanto, la concesión de dichas licencias de matrimonio era nula.¹⁸⁷ Un punto destacable de esta sentencia es la opinion de uno de los dos jueces disidentes, el magistrado Kennard, cuya argumentación aún sirve de sustento para defender el que las parejas del mismo sexo puedan gozar de los mismos derechos, incluyendo el nombre de “matrimonio.”¹⁸⁸

Frente a esta decisión, la Ciudad y la Alcaldía de San Francisco presentaron un nuevo *Writ Of Mandamus*, solicitando una declaración de

¹⁸⁶ Supreme Court Of California. *Lockyer v. City & County of San Francisco*, No. S122923, 95 P.3d 459 (Cal. 2004), en http://www.law.berkeley.edu/files/Lockyer_v._San_Francisco_Cal..pdf así: “(8)*The only local officials to whom the state has granted authority to act with regard to marriage licenses and marriage certificates are the county clerk and the county recorder. The statutes do not authorize the mayor of a city or any other comparable local official to take any action with regard to the process of issuing marriage licenses or registering marriage certificates*” [consulta: marzo 2012].

¹⁸⁷ Loc. Cit. “(...) *The writ also directed the officials to take all necessary remedial steps to undo the continuing effects of their past unauthorized actions, including making appropriate corrections to all relevant official records and notifying all affected same-sex couples that the same-sex marriages authorized by the officials were [*1056] void from their inception and of no legal effect(...)*”.

¹⁸⁸ *Ibidem*. Pp. 46-47: “*For many, marriage is the most significant and most highly treasured experience in a lifetime. Individuals in loving same-sex relationships have waited years, sometimes several decades, for a chance to wed, yearning to obtain the public validation that only marriage can give. In recognition of that, this court should proceed most cautiously in resolving the ultimate question of the validity of the same-sex marriages performed in San Francisco, even though those marriages were performed under licenses issued by San Francisco public officials without proper authority and in violation of state law(...)*”.

inconstitucionalidad de todos aquellos ordenamientos estatales que limiten el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. En total fueron 6 las peticiones, todas ellas concentradas en un solo procedimiento denominado *In re Marriage Cases*.¹⁸⁹

En mayo de 2008, la Corte Suprema del Estado de California resolvió, a propósito de estos casos, que la orientación sexual de una persona debe ser interpretada como una de las categorías sospechosas en la cláusula de igual protección de la Constitución de dicho Estado, y en consecuencia, aquellos estatutos que diferencian a las personas debido a su orientación sexual deben ser examinados con especial escrutinio.¹⁹⁰ En consecuencia, el lenguaje de la normativa de familia, cuando limita el matrimonio solamente a la unión entre un hombre y una mujer, resulta inconstitucional.¹⁹¹ ¹⁹² La decisión anterior permitió que se volvieran a celebrar los matrimonios entre personas del mismo sexo en el Estado.

¹⁸⁹ *In re Marriage Cases*. ACLU of Northern California, Mayo 2008. Disponible en http://www.aclunc.org/cases/landmark_cases/in_re_marriage_cases.shtml [consulta: marzo 2012].

¹⁹⁰ Supreme Court of California, *In re Marriage Cases*. Disponible en <http://law.scu.edu/socialjustice/file/In%20re%20Marriage%20Cases.pdf>. P. 69. [consulta: marzo 2012].

¹⁹¹ *Ibidem*. P. 83 y siguientes.

¹⁹² *Gay marriage ban overturned*. Los Angeles Times. San Francisco. Disponible en <http://www.latimes.com/news/la-me-gay-marriage17-2008may17,0,7229587.story>. Mayo 2008 [consulta: marzo 2012].

Como respuesta a la decisión suprema ya descrita, y durante las elecciones generales del 2008, se introdujo una propuesta de modificación a la Constitución de dicho Estado, denominada *Proposition 8* -cuyo título oficial fue "*Eliminates Rights of Same-Sex Couples to Marry. Initiative Constitutional Amendment*"-. Esta propuesta se votó en un referendo realizado en noviembre de 2008, aprobándose con el 52.5% de los escrutinios, una diferencia de 500.000 respecto de la contraria que alcanzó un 47.5% de las preferencias,¹⁹³ provocando la prohibición de los matrimonios gay. Sin embargo, esta vez no produciría el efecto retroactivo que la decisión judicial que revocó la iniciativa de la municipalidad de San Francisco sí tuvo, en el sentido de afectar los matrimonios de parejas del mismo sexo ya celebrados, siendo éstos últimos considerados válidos.

Un nuevo vuelco en esta disputa se dio en la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito de California en agosto de 2010, cuando se acogió una demanda interpuesta por dos parejas gay, quienes alegaban que la proposición 8 violaba la Constitución del Estado de California. El juez jefe de dicho tribunal, Vaughn R. Walker concluyó que la modificación constitucional (proposición 8) resulta irracional al no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, y

¹⁹³ California aprobó la Proposición 8. UNIVISION.com. San Francisco. Disponible en <http://archivo.univision.com/content/content.jhtml?chid=9598&schid=9599&secid=11504&cid=1731866&pagenum=1>. Noviembre 2008. [consulta: marzo 2012].

que -esta imposición popular- no hace más que consagrar en la Constitución la idea que las parejas heterosexuales son superiores a las homosexuales.¹⁹⁴

El asunto fue conocido por una Corte Federal de Apelaciones, la cual resolvió -por 2 votos contra 1- que la decisión del juez Walker se ajusta a una correcta interpretación judicial, determinando que la proposición 8 viola en definitiva la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.¹⁹⁵

Actualmente se encuentra pendiente un requerimiento ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Con todo, cabe mencionar que se buscan paralelamente otras soluciones, como la dictación de una ley federal.

3.1.5 Canadá

¹⁹⁴ The United States District Court For The Northern District Of California, "*Perry v. Schwarzenegger*". Disponible en <http://es.scribd.com/goodasyou/d/35374462-California-Prop-8-Ruling-August-2010>. P. 137. Así: "*Proposition 8 fails to advance any rational basis in singling out gay men and lesbians for denial of a marriage license. Indeed, the evidence shows Proposition 8 does nothing more than enshrine in the California Constitution the notion that opposite-sex couples are superior to same-sex couples. Because California has no interest in discriminating against gay men and lesbians, and because Proposition 8 prevents California from fulfilling its constitutional obligation to provide marriages on an equal basis, the court concludes that Proposition 8 is unconstitutional.*" [consulta: marzo 2012].

¹⁹⁵ California gay marriage ban overturned, appeal planned. Reuters. San Francisco, California. Disponible en <http://www.reuters.com/article/2012/02/07/us-usa-gaymarriage-california-idUSTRE8160HO20120207>. Febrero 2012. [consulta: marzo 2012].

Canadá tiene una larga historia a favor de los grupos y personas LGBT.¹⁹⁶ En el año 2005 se convirtió en el primer país de América y el cuarto en el mundo en legalizar los matrimonios entre personas del mismo sexo. Este es otro de los casos en que, tras una decisión judicial, el Poder Legislativo normalizó estas situaciones para las minorías sexuales.

El primer gran litigio que enfrentó este país fue el caso Halpern vs. Canada (2003), en el que dos parejas del mismo sexo habían contraído matrimonio religioso en una iglesia cristiana, encontrándose más tarde con que el gobierno de Ontario no quiso reconocer dicha unión debido a que la definición de matrimonio no incluía a las parejas del mismo sexo. El caso fue conocido entonces por la Corte de Apelaciones de la provincia, la cual concluyó que la definición tradicional de matrimonio constituía una violación de los derechos a la igualdad consagrados en la sección 15 de la *Charter of Freedoms and Rights*, ofendiendo la dignidad de las personas que se asocian en

¹⁹⁶ GRACE, André P. *Lesbian, Gay, Bisexual, and Trans-identified (LGBT) Teachers and Students and the Post-Charter Quest for Ethical and Just Treatment in Canadian Schools*. Conferencia “*Building Inclusive Schools: A Search for Solutions*,” Federación de Profesores de Canadá en Ottawa, Ontario, 17 a 19 de noviembre de 2005. Disponible en <http://www.teachers.ab.ca.aspx>. Como antecedente remoto, en 1965, Everett Klippert, mecánico asistente en la localidad de Pine Point, confiesa a la policía que es gay desde hace mucho tiempo (se afirman 24 años) y que es poco probable que cambie; debido a ello fue enviado a prisión indefinidamente acusado de ser un peligroso abusador sexual, para dos años más tarde ser liberado por la Corte Suprema. Un importante en ese sentido fue la iniciativa del entonces o Ministro de Justicia, Pierre Trudeau, quien en el año 1967 propuso enmiendas al Código Penal, siendo famosa su frase donde solicita apartarse al Estado de la vida privada de las personas: “*I think the view we take here is that there’s no place for the state in the bedrooms of the nation.*” Ello derivó en una sucesión de reformas, sea por el Poder Legislativo o el Ejecutivo, incluyendo la eliminación de los homosexuales de la lista de personas no bienvenidas en Canadá, así como intentos de crear leyes antidiscriminación en épocas comparativamente tempranas (léase Bill C-242, 1980).” [consulta: marzo 2012].

relaciones afectivas con otras del mismo sexo. Reacciones del gobierno federal en contrario no se hicieron esperar, aunque fueron rechazadas de plano por la Corte. Así, la Corte declaró que la definición tradicional de matrimonio era inválida, y decidió cambiar la definición anterior por “La unión voluntaria de dos personas con exclusión de otras”.¹⁹⁷ Decisiones en similar dirección se tomaron por la Corte Suprema de Quebec y British Columbia.

Posteriormente, el Gobierno del Primer Ministro Chrétien anunció que no apelaría a la decisión del tribunal de alzada, y que presentaría un borrador para legislar al respecto.¹⁹⁸ Las apelaciones fundamentadas en opiniones contrarias al matrimonio entre personas del mismo sexo fueron sucesivamente derrotadas en la arena judicial.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Court of Appeal For Ontario. *Halpern v. Canada*. Abril 2003. Disponible en <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2003/june/halpernC39172.htm> Así: “*With respect to the second step, in our view the remedy that best corrects the inconsistency is to declare invalid the existing definition of marriage to the extent that it refers to “one man and one woman”, and to reformulate the definition of marriage as “the voluntary union for life of two persons to the exclusion of all others”. This remedy achieves the equality required by s. 15(1) of the Charter but ensures that the legal status of marriage is not left in a state of uncertainty.*” [consulta: marzo 2012].

¹⁹⁸ HURLEY, Mary C. *Sexual Orientation and Legal Rights. Law and Government Division. Canada*. Septiembre 2003. Disponible en <http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/921-e.htm> [consulta: marzo 2012].

¹⁹⁹ Justice Quebec. *Summary of the Québec Court of Appeal decision*. Marzo 2004. Disponible en <http://www.justice.gouv.qc.ca/english/ministere/dossiers/mariage/resume-a.htm>. El paso siguiente fue, para las Cortes Superiores de Yukon, Manitoba, Nueva Escocia, Saskatchewan, Newfoundland y Labrador, comenzar también a permitir los matrimonios entre personas del mismo sexo. [consulta: marzo 2012].

Finalmente, en materia jurisprudencial, la Corte Suprema de Canadá se pronunció a requerimiento del Governor in Council,²⁰⁰ declinando referirse a si el matrimonio entre personas del mismo sexo es consistente o no con el *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, por ser esta materia que ha de resolver el legislador. Con todo, señaló esta Corte que la propuesta de modificación del matrimonio presentada por el Primer Ministro era consistente con la Carta fundamental canadiense. Además mencionó que la libertad religiosa se mantiene garantizada pese a estas reformas.²⁰¹

En materia legislativa, luego de avances locales,²⁰² la Cámara de los Comunes y el Senado de Canadá aprobaron el Proyecto de Ley Bill C-38, que buscaba definir el matrimonio como una institución neutra en cuanto al género. Como contrapartida se garantizó el derecho de las autoridades religiosas, investidas como oficiales, para no celebrar los matrimonios que contravengan sus creencias. También se modificó la ley de divorcio canadiense, volviéndola neutral, además de reafirmar los mismos beneficios y obligaciones tanto para parejas del mismo como de distinto sexo que contraigan matrimonio, con lo cual se normalizaron las decisiones judiciales que autorizaron el matrimonio entre

²⁰⁰ La figura del Governor in Council, el representante de la Reina del Reino Unido en Canadá (Gobernador General) que actúa bajo el consejo del Gabinete Federal, es propia del Commonwealth. Más información en <http://www.pco-bcp.gc.ca> [consulta: marzo 2012].

²⁰¹ Judgments of the Supreme Court of Canada. "*Reference re Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698*". Diciembre 2004. Disponible en <http://scc.lexum.org/en/2004/2004scc79/2004scc79.html> [consulta: marzo 2012]

²⁰² En febrero de 2005, Ontario adoptó el Proyecto de Ley "Bill 171" el cual enmienda varios estatutos relativos al derecho de familia. Además en junio New Brunswick se convirtió en la octava provincia que legaliza los matrimonios entre las personas del mismo sexo.

homosexuales y se legisla respecto de aquellas donde no existía referencia alguna.²⁰³ Es de destacar que el debate fue extensísimo y hubo muy estrechas votaciones sobre este proyecto, así como sobre la referencia de la ley al matrimonio, que quedó formulada de modo neutro: “*Bill C-38 defines civil marriage as “the lawful union of two persons to the exclusion of all others, thus extending civil marriage to conjugal couples of the same sex”*”.²⁰⁴

3.1.6 Sudáfrica

Este país permite los matrimonios entre personas del mismo sexo desde que entró en vigencia la *Civil Union Act*, el 30 de Noviembre de 2006, convirtiéndose así en el primer país africano y quinto a nivel mundial en aceptar dicho tipo de uniones.²⁰⁵

Como referencias de contexto de tal aprobación es preciso mencionar las siguientes: (a) La Constitución sudafricana (1997) prohíbe la discriminación basada en el sexo, género y en la orientación sexual.²⁰⁶ Sobre esa base, el año

²⁰³ Las provincias restantes eran: Prince Edward Island, Alberta, Nunavut y Northwest Territories.

²⁰⁴ Parliament of Canada. “*Bill C-38: “The Civil Marriage Act”*”. Preparada por HURLEY, Mary C. Febrero 2005. En <http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries> [consulta: marzo 2012]

²⁰⁵ “SA legalises gay marriage”, en SOUTHAFRICA.INFO, 01 de diciembre de 2006, en <http://www.southafrica.info/services/rights/same-sex-marriage.htm>, [consulta: marzo de 2012].

²⁰⁶ Constitución Sudafricana. Disponible en <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm>, Artículo 9º: “*The estate may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including*

2002, una pareja de lesbianas presentaron una solicitud ante la *Pretoria High Court* para que se reconociera institucionalmente su unión y se registrara por el *Department of Home Affairs* (Departamento de Asuntos Domésticos) como un matrimonio válido, petición que fue rechazada, toda vez que la definición de matrimonio del *common law* consistía en “(...) *an union of one man and one woman, to the exclusion, while it lasts, of all others*”.²⁰⁷

Tras conocer de la apelación interpuesta por la parte vencida, la Corte Constitucional de Sudáfrica declaró la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio, sobre la base de que discriminaba por orientación sexual.²⁰⁸

El fallo reconoció la gravedad de excluir a las parejas compuestas por personas del mismo sexo de los beneficios y responsabilidades que otorga el matrimonio, quienes pasan a ser considerados como “*outsiders*”, reforzando los estereotipos que aquellas minorías sufren y disminuyendo su capacidad de desenvolverse como cualquier otro ser humano.²⁰⁹ Con todo, la Corte

race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, color, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.” [consulta: marzo de 2012].

²⁰⁷ *Fourie and Another vs. Minister of Home Affairs and Another*. Corte Constitucional de Sudáfrica. Sentencia de Fecha 01 de Diciembre de 2005. En <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19.pdf>. Párrafo 3. [consulta: marzo 2012].

²⁰⁸ *Ibid.* Párrafo 162. “*The common law definition of marriage is declared to be inconsistent with the Constitution and invalid to the extent that it does not permit same-sex couples to enjoy the status and the benefits coupled with responsibilities it accords to heterosexual couples*”.

²⁰⁹ *Ibid.* Párrafo 71. “*the exclusion of same-sex couples from the benefits and responsibilities of marriage, accordingly, is not a small and tangential inconvenience resulting from a few surviving relics of societal prejudice destined to evaporate like the morning dew. It represents a harsh if oblique statement by the law that same-sex couples are outsiders, and that their need for*

suspendió la declaración de invalidez de la definición de matrimonio, dándole al Parlamento el plazo de un año para que corrigiera dicho defecto.²¹⁰

Así, en agosto de 2006, se redactó la *Civil Union Bill* para ser remitida al Parlamento. Este proyecto de ley buscaba el establecimiento de una figura de Unión Civil que otorgara los mismos derechos que el matrimonio. Sin embargo, los consejeros legales del Estado declinaron certificar la constitucionalidad de dicho proyecto, esgrimiendo que la idea de una ley de matrimonio distinta para las parejas del mismo sexo –en relación a las parejas heterosexuales- era una forma de pensar propia del sistema del *apartheid*.²¹¹ Finalmente, se optó por reformar dicho proyecto permitiendo los matrimonios y las uniones civiles entre parejas compuestas por personas del mismo o de distinto sexo. El proyecto reformulado fue aprobado por la *National Assembly* el 14 de noviembre de 2006, por 230 votos contra 41, y por el *National Council of Provinces* el 28 de noviembre de 2006, por 36 votos a 11.²¹² La ley fue promulgada el 29 de

affirmation and protection of their intimate relations as human beings is somehow less that of heterosexual couples. It reinforces the wounding notion that they are to be treated as biological oddities, as failed or lapsed human beings who do not fit into normal society, and, as such, do not qualify for the full moral concern and respect that our Constitution seeks to secure for everyone. It signifies that their capacity for love, commitment and accepting responsibility is by definition less worthy of regard than that of heterosexual couples”.

²¹⁰ *Ibíd.* Página 162. De no ser corregido, el fallo pasaría a modificar automáticamente la sección 30(1) de la Marriage Act de 1961. Agregando las palabras “or spouse” después de las palabras “or husband”, como aparecía en la fórmula original.

²¹¹ *Separate law on marriage is apartheid.* INDEPENDENT ONLINE. Disponible en <http://www.iol.co.za/news/politics/separate-law-on-marriage-is-apartheid-1.292708>. 07 de septiembre de 2006. [consulta: marzo 2012].

²¹² *South Africa Gay Marriage Bill Goes To President.* Disponible en <http://webarchive.org/web/20061210090057/http://365gay.com/Newscon06/11/113006safmar.htm>. 28 de noviembre de 2006. [consulta: marzo de 2012].

noviembre de 2006, un día antes de que venciera el plazo otorgado por la Corte Constitucional de Sudáfrica.

Esta ley permite que, al momento de la celebración, las parejas decidan registrarse como matrimonio o como unión civil, teniendo las mismas consecuencias legales.²¹³

3.1.7 Argentina

En Argentina, el matrimonio entre personas del mismo sexo se encuentra legalizado desde el 15 de julio de 2010, fecha en que el Senado de dicho país aprobó el proyecto de ley que permite estas uniones.²¹⁴ Sin embargo, la discusión normativa sobre el matrimonio gay se remonta a los inicios de este siglo.²¹⁵ ²¹⁶ Desde entonces, comenzaron a presentarse recursos judiciales que

²¹³ *Civil Union Act*. Disponible en <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=67843>. [consulta: marzo de 2012].

²¹⁴ El derecho a la igualdad llegó al matrimonio. EL PAÍS de Argentina. P. 12. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-149544-2010-07-15.html>. 15 de junio de 2010. [consulta: marzo de 2012].

²¹⁵ Quedaron conformadas las primeras uniones civiles. La Nación Argentina. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/512590-quedaron-conformadas-las-primeras-union-civiles>. 19 de julio de 2003. Ya en diciembre de 2002, se aprobó en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un proyecto de ley de unión civil impulsada por el legislador Roque Bellomo en el año 2001. Dicha iniciativa, que regía sólo para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, permitía a aquellas personas que cumplieran con ciertos requisitos (dos años de convivencia en la capital Argentina, un testigo por cada parte y acreditar que no existen impedimentos para dicha unión), gozar del derecho de incorporar a la pareja al seguro médico, recibir una pensión, solicitar vacaciones en el mismo período, pedir créditos bancarios conjuntos y obtener licencias en caso de enfermedad del concubino. Era, además, la primera vez que se permitía que dos personas del mismo sexo celebraran una unión civil en América Latina. [consulta: marzo de 2012].

²¹⁶ Loc. Cit.

reclamaban la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil que impedían el acceso al matrimonio a aquellas personas que deseaban contraerlo con otra de su mismo sexo.

En noviembre de 2009, la jueza en lo contencioso administrativo de la ciudad de Buenos Aires, Gabriela Seijas, declaró inconstitucionales los artículos 172²¹⁷ y 188²¹⁸ del Código Civil argentino. Tal sentencia tuvo como causa, el hecho que Alejandro Freyre y José María Di Bello concurrieron el 22 de abril de 2009 al Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con el fin de pedir una fecha para contraer matrimonio civil, petición que les fue denegada debido al impedimento de que ambos eran hombres.²¹⁹ Por ello, los solicitantes interpusieron un recurso de amparo en contra del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los artículos antes mencionados, y que se les permitiera contraer matrimonio.

²¹⁷ Antiguo Artículo 172 Código Civil Argentino: “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”.

²¹⁸ Antiguo Artículo 188 del Código Civil Argentino: “El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.

Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos.

En el acto de la 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, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto”.

²¹⁹ Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Freyre Alejandro contra GCBA sobre Amparo (*Art. 14 CCABA*). Expediente: EXP 34292/0, considerando I.

La jueza ya sindicada señaló que, para dictar una resolución sobre el caso, era necesario: “(...) examinar si la restricción al derecho a contraer matrimonio protegido por la legislación nacional y los pactos internacionales (...) resulta legítima. La medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio. (...) Tales ventajas no resultan intrascendentes para quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad. (...) es así como la solución del caso requiere dilucidar si la prohibición legal que impide a los actores contraer matrimonio – y por ende acceder a las ventajas mencionadas – resulta discriminatoria”.²²⁰

El objetivo de los recurrentes consistía en obtener la declaración de inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil argentino ya mencionados, por su disconformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.²²¹ Interpretando dicho artículo la jueza determinó que

²²⁰ *Ibíd.* Considerando VI. La jueza afirmó en su considerando VII: “puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se 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. No se es igual en la medida de la ley, sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas”.

²²¹ Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Disponible en http://www.buenosaires.gov.ar/areas/com_social/constitucion/completa.php?menu_id=11172#b1 : “Artículo 11: todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo”. [consulta: marzo 2012].

no se admiten discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o pretextos de “orientación sexual”, y que era el Estado quien debía probar que el empleo de esta clasificación sospechosa era estrictamente necesaria para el cumplimiento de un fin legítimo.²²²

Por último, la jueza argumentó que “es posible que una decisión a favor de los peticionarios sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de la secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros”.²²³ Así llegó a la conclusión de que el Estado argentino había discriminado a los demandantes, declarando en consecuencia la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil argentino. Como consecuencia, ordenó a las autoridades correspondientes celebrar el matrimonio entre los actores, si así estos lo solicitaren.

Sin embargo, dicha resolución judicial no pudo ser cumplida de inmediato, toda vez que el mismo día que los actores decidieron fijar como fecha para la celebración de su matrimonio, una jueza del Juzgado Nacional en lo Civil dio lugar a una apelación interpuesta por la Corporación de Abogados

²²² Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Freyre Alejandro contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA). Expediente: EXP 34292/0, considerando IX.

²²³ *Ibíd.* Considerando XII.

Católicos, suspendiendo entretanto el cumplimiento del amparo antes resuelto.²²⁴ Finalmente, el matrimonio de los peticionarios se llevó a cabo en la ciudad de Ushuaia, Tierra del Fuego, gracias a un decreto de la gobernadora de dicha provincia que acató el fallo de inconstitucionalidad de los artículos impugnados por los demandantes, lo que permitió que el 28 de diciembre de 2009 se celebrara la primera boda gay en Argentina.²²⁵

En cuando a los avances legislativos en Argentina, en mayo de 2007, el diputado socialista Eduardo Di Pollina, con la colaboración de diversas organización LGBT y el apoyo de diversos parlamentarios, presentó en la Cámara de dicha nación un proyecto de ley de matrimonio entre personas del mismo sexo.²²⁶ Dicha moción buscaba reconocer a todas las personas la libertad de elegir con quién asumir los compromisos de la convivencia en pareja, regulada en la institución jurídica y laica del matrimonio, otorgando entonces iguales derechos y obligaciones a los contrayentes, con independencia de si son del mismo o de distinto sexo, reconociendo que

²²⁴ Una juez ordena suspender la primera boda 'gay' en Argentina. El País de Argentina. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/11/30/actualidad/1259535619_850215.html. 01 de diciembre de 2009. [consulta: marzo 2012].

²²⁵ Decreto 2996/09 de la Provincia de Tierra del Fuego sobre casamiento Freyre - Di Bello emitido por la gobernadora de la provincia de Tierra del Fuego Fabiana Ríos, Disponible en <http://seminariosdiversidad.blogspot.com/2010/01/decreto-299609-de-la-provincia-de.html>, [consulta: marzo 2012].

²²⁶ Para que el Código Civil no discrimine. EL PAIS de Argentina. P. 12. Disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-84361-2007-05-02.html>. 02 de mayo de 2007. [consulta: marzo 2012].

siempre que se iguala en derechos, la sociedad gana en libertades y ciudadanía.²²⁷

El proyecto reconoce además, en el mensaje al ejecutivo, que el Estado no tiene una obligación de distinguir por sexo, género o identidad sexual en esta institución civil, lo cual, además de concordar con la Constitución Federal, se condice con los tratados internacionales incorporados al derecho interno. Lo contrario sería contravenir un mandato efectivo de igualdad dispuesto por las mismas normas.²²⁸

Este proyecto fue aprobado en mayo de 2010 por la Cámara de Diputados.²²⁹ Posteriormente, fue ratificado por el Senado,²³⁰ siendo promulgado como ley bajo el número 26.618.

²²⁷ Proyecto de Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo. Disponible en <http://seminariosdiversidad.blogspot.com/2009/11/proyecto-de-ley-matrimonio-lgbt-1854-d.html>. [consulta: marzo de 2012].

²²⁸ Loc. Cit.:“el Estado (argentino) está obligado a no distinguir por su orientación sexual a las personas en el ejercicio de derechos. Hacerlo sería discriminar. Se trata de remover obstáculos para garantizar la protección de derechos fundamentales como la libertad y la igualdad de las personas, reconocidos por la Constitución Argentina y los Tratados Internacionales incorporados a la misma. (...) La idea de igualdad demanda actos concretos del Estado para remover los obstáculos culturales, políticos o económicos que limitan de hecho la igualdad de las personas, en procura de una igualdad real de oportunidades o de posibilidades (...)”.

²²⁹ Sigue la controversia por el matrimonio gay y crece la expectativa por la votación en el Senado. La Nación Argentina. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1261381-sigue-la-controversia-por-el-matrimonio-gay-y-crece-la-expectativa-por-la-votacion-en-el-senado>. 05 de mayo de 2010 [consulta: marzo 2012].

²³⁰ Argentina aprueba el matrimonio gay pese a la presión de la Iglesia. El País Argentina. Disponible en http://elpais.com/diario/2010/07/16/sociedad/1279231207_850215.html. 16 de julio de 2010. [consulta: marzo de 2012].

Es así como esta nueva norma modificó el Código Civil argentino, permitiendo a las personas del mismo sexo contraer matrimonio. El artículo 172 de la ley 2.618 declara que: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Incluso permite a los matrimonios homosexuales adoptar hijos como pareja, toda vez que el artículo 33 de la misma ley señala que “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.”

Por último, cabe señalar que un año después de la entrada en vigencia de dicha ley, unas 2.697 parejas del mismo sexo habían contraído matrimonio en Argentina.²³¹

3.2. Otros tipos de Asociaciones

Con el objeto de esclarecer la distancia jurídica existente entre aquellos ordenamientos que contemplan el matrimonio entre personas del mismo sexo, y de aquellos que no lo hacen, pero a su vez ofrecen una alternativa de

²³¹ Ley de matrimonio gay: con casi 2.700 bodas, se cumple el primer aniversario. Infobae. Disponible en <http://www.infobae.com/notas/593476-Ley-de-matrimonio-gay-con-casi-2700-bodas-se-cumple-el-primer-aniversario.html>. 14 de julio de 2011. [consulta: marzo de 2012].

asociación, es menester esbozar ejemplos de países en los que existen opciones legales de uniones civiles u otras asociaciones similares, distintas al matrimonio, reconocidas por el Estado. De esta forma se puede entender la amplia gama de soluciones que han encontrado diversos países, según su propia realidad político-cultural, para la protección de la asociación afectiva de las personas LGBT.

3.2.1 Reino Unido

En el Reino Unido, si bien hoy en día no se cuenta con una regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, existe una ley de uniones civiles conocida como *Civil Partnership Act*, del año 2005, la cual confiere a los contrayentes prácticamente los mismos derechos que el matrimonio otorga a los cónyuges.

La ley²³² define lo que se entiende por civil partnership al señalar en su artículo 1 (1): “*A civil partnership is a relationship between two people of the same sex (“civil partners”)*”. Dicha unión sólo puede terminar por muerte, disolución o nulidad.

²³² Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/pdfs/ukpga_20040033_en.pdf. [consulta: abril de 2012].

La unión civil del Reino Unido ordena, entre otras cosas, que los *civil partners* sean tratados por la ley de la misma manera que los cónyuges respecto de disputas que surjan entre los contrayentes, de las acciones ilícitas entre ellos, de los seguros, leyes sociales, leyes sucesorias, violencia intrafamiliar; así como también da derecho al partner sobreviviente de demandar a quien cause la muerte en un accidente al otro partner. La ley, asimismo consagra que no se puede discriminar a una persona por el hecho tener un *civil partner*. Sin embargo la ley no creó la figura delictual de bigamia, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio.²³³

Actualmente el Reino Unido se encuentra debatiendo la aprobación de una ley que consagre el matrimonio entre personas del mismo sexo.²³⁴

3.2.2 Colombia

La realidad colombiana en torno al reconocimiento estatal de las asociaciones afectivas entre personas del mismo sexo comenzó de forma efectiva el año 2007 a través de la sentencia C-075/2007. Esta fue la primera vez que la Corte Constitucional de Colombia reconoció las uniones formadas

²³³ HUMPHREYS, Jaqueline. *The Civil Partnership Act 2004, Same-sex Marriage and the Church of England*. Ecclesiastical Law Journal. The Ecclesiastical Law Society. Enero 2006. Disponible en <http://www.sarmiento.plus.com/cofe/humphreys.html>. [consulta: abril de 2012].

²³⁴ Reino Unido inicia consultas sobre el matrimonio homosexual. Periodista Digital. Disponible en <http://www.periodistadigital.com/mundo/europa/2012/03/15/reino-unido-consultas-matrimonio-homosexual-gay-bodas-pareja-david-cameron.shtml>. 15 de marzo de 2012. [consulta: abril de 2012].

por dos hombres o dos mujeres, las cuales, desde 1996, habían sido desconocidas por el mismo órgano constitucional. Así, señala AZUERO: “Desde 1996 y hasta 2006, la Corte Constitucional solamente fallará a favor de los derechos de gays y lesbianas en aquellos casos que involucran la discriminación explícita por el hecho de ser homosexual. En cambio, negará el carácter inconstitucional de aquellas medidas legislativas que discriminan implícitamente a los miembros de una pareja del mismo sexo, al excluirlas de medidas legislativas previstas a favor de las parejas heterosexuales. Como se evidencia en el estudio de los fallos posteriores, la protección de la familia será el argumento clave para justificar la constitucionalidad de aquellas leyes que excluyen por omisión a las parejas del mismo sexo”.²³⁵ “Familia”, para la Corte, hasta el año 2006 solo podía corresponder a las uniones afectivas entre heterosexuales.

El problema jurídico de la mentada sentencia de 2007, viene dado por la pregunta de si la Corte Constitucional de Colombia debe o no declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 del año 1990, modificada el año 2005, que regula el régimen patrimonial de lo que la misma ley llama “compañeros permanentes”, concepto construido para regular las asociaciones afectivas no matrimoniales conformadas por un hombre y una

²³⁵ AZUERO QUIJANO, Alejandra y ALBARRACIN CABALLERO, Mauricio. Activismo Judicial y Derechos de los LGTB en Colombia, Sentencias Emblemáticas. Abril de 2009. Colección Democracia y Cultura. Bogotá, Colombia. “Sentencia C-075 de 2007 Reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo en Colombia”. P. 13

mujer. La inconstitucionalidad devengaría posible por ser ésta una interpretación sesgada de todas las asociaciones afectivas existentes, al limitar la regulación solamente a las conformadas entre un hombre y una mujer, desconociendo el respeto a los derechos fundamentales de igual protección, prohibición de discriminación y desarrollo libre de la personalidad, consagrados en la Carta Magna de Colombia, específicamente en los artículos 1º, 16º y 13.²³⁶

Si bien existe un antecedente de protección de la “libre opción sexual” en la Constitución colombiana de 1996, no fue sino la sentencia en comento la que profundizó y dio contenido a este catálogo de derechos a favor de las personas LGBT. Llama la atención la consideración flexible e historicista que tiene la Corte en esta causa, en comparación a las decisiones anteriores, modificándolas y reconociendo que los homosexuales han sido un grupo históricamente discriminado, estableciendo, al igual que otros tribunales superiores, un margen de interpretación estricto cuando se discrimine por género, sexo u orientación sexual, reconociendo que la prohibición de discriminación por orientación sexual no ha sido más que un postulado retórico hasta ese momento.²³⁷ Así: “En efecto, antes de la sentencia C-075 de 2007, la Corte había eludido de forma sistemática una referencia al derecho internacional

²³⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075/07. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm> [consulta: abril 2012].

²³⁷ AZUERO QUIJANO, Alejandra y ALBARRACIN CABALLERO, Mauricio. Óp. Cit. P. 22.

de los derechos humanos al abordar la discusión en torno al reconocimiento de derechos a favor de las parejas del mismo sexo”.²³⁸

Para BONILLA, esta sentencia corresponde a la primera de tres etapas desarrolladas por la Corte constitucional en su tratamiento a las parejas del mismo sexo: reconocimiento, consolidación y expansión.²³⁹

Siguiendo a este autor, la segunda etapa (consolidación) está marcada por una serie de sentencias que van en la misma dirección de la ya mencionada, otorgando, sin distinciones sobre orientación sexual de las personas unidas a permanencia, derechos de protección social, sucesorios, de pensiones de sobrevivencia y de alimentos.²⁴⁰ Estas decisiones utilizaron como base la argumentación de la sentencia C-075/07 y vinieron a crear un estatuto jurídico a favor de los homosexuales en Colombia.²⁴¹

En la tercera etapa (expansión) nos encontramos con la sentencia C-029/2009, que vino a hacer lo que debió haber hecho la sentencia de la primera etapa (C-075/2007), esto es, cuestionar la constitucionalidad de aquellas normas que diferencian injustificadamente en razón de género o sexo, pasando

²³⁸ *Ibidem*. P. 23.

²³⁹ BONILLA, Daniel. Anuario de Derechos Humanos N°6. 2010. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. P. 185.

²⁴⁰ *Ibidem*. Pp. 185 y 186.

²⁴¹ Las sentencias son: C-811/2007, T- 856/ 2007, C-336/2008, T-1241/2008 y C- 798/2008. Por no ser objeto estricto de la presente memoria decidimos prescindir de comentarlas. Con todo, tenemos un juicio favorable sobre su valor y calidad.

a declarar que las normas sospechosas de discriminación se encuentran “condicionadas constitucionalmente” a que ellas se apliquen también a las parejas del mismo sexo. Las normas cuestionadas son de la más diversa índole; BONILLA las agrupó en 5 bloques: “penales, civiles y comerciales, seguridad social, políticas y aquellas relacionadas con el conflicto armado.”²⁴² En total fueron 42 las disposiciones modificadas.

Como última novedad jurisprudencial, la misma Corte, a petición de varias organizaciones sociales colombianas, entre ellas Colombia Diversa y De Justicia, se pronunció de forma unánime respecto de la constitucionalidad de la norma del Código Civil colombiano que define matrimonio como la unión de un hombre y una mujer para -entre otros fines- procrear, declarando que las parejas homosexuales sí pueden constituir una familia reconocida por el Estado. Para solucionar dicha desigualdad, fue la misma Corte Constitucional quien estableció que el Congreso debía determinar cómo ha de darse esta unión. Sobre esa base, estableció que la adecuación de la ley a lo sentenciado debe efectuarse no más allá del 20 de julio de 2013 y que, de lo contrario, las parejas homosexuales tendrían el derecho de legalizar su vínculo ante notario,

²⁴² BONILLA, Daniel. Óp. Cit. Pp. 186 y 187. En el mismo orden de ideas, en abril de 2011 las personas unidas en una pareja homosexual adquirieron el derecho de heredar entre ellas, producto de un fallo de la misma Corte, que interpretó la palabra “cónyuge” dentro del Código Civil de manera indistinta en función del género o sexo de una persona.

con el objeto de salvar la discriminación existente en su contra al no permitirles que su vínculo sea reconocido por el Estado.²⁴³

3.3 Análisis de las razones en que se han basado la jurisprudencia y la legislación de diversos países para aceptar y rechazar las uniones entre personas del mismo sexo

A menudo, en los asuntos ventilados en los tribunales no se trasluce el real alcance de los sentimientos, intereses e ilusiones de las partes, abogados y en general, de todo aquel que tenga algún interés. Los asuntos judiciales que atañen a personas y grupos LGBT no son la excepción.

La jurisprudencia que hemos seleccionado para este apartado corresponde a personas y familias reales que buscan en la sociedad entera, a través del Estado, ser consideradas como iguales y ser tratados con justicia. Estos procesos judiciales remecen los cimientos más íntimos de la sociedad, y son estos los casos desde donde se erige la construcción legal de normas de familia, en la búsqueda del reconocimiento y protección, llegando incluso a instancias supranacionales a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²⁴³ Al Congreso, matrimonio gay. El Espectador.com, Sección Judicial. Disponible en <http://www.elespectador.com/impreso/judicial/articulo-287372-al-congreso-matrimonio-gay>. Julio 2011. [consulta: abril 2012].

Los casos que se analizan en este capítulo se refieren a la realidad de muchas personas que ansían contraer matrimonio para poder, desde esta tribuna socialmente reconocida y valorada, expresar su profundo y duradero amor hacia otra persona, asegurar la protección y beneficios sociales que este vínculo brinda, y, quizás lo más importante, asegurarse que la relación familiar establecida no pueda ser ni social ni legalmente menospreciada.

La pertinencia de muchos de los considerandos, recomendaciones, opiniones de magistrados y otros operadores de justicia de diversos países, pueden contribuir a iluminar una discusión seria y profunda en Chile sobre estos temas.

3.3.1 Análisis jurisprudencial, principios comunes y discusiones relevantes

Los casos reseñados y sus resultados no han sido producto del azar o del mero albedrío del legislador o los jueces. Los Estados en que se dictaron estas sentencias consideraban al matrimonio como un elemento fundante del sistema social, de la cultura imperante y del orden legal del país. En estos Estados el proceso de debate sobre el reconocimiento del matrimonio entre

personas del mismo sexo ha sido parte de la deliberación sobre cómo construir una mejor sociedad.

El inicio de las demandas sociales por regular el matrimonio u otras uniones para las personas del mismo sexo, tuvo su raíz en la exclusión de jure de estas personas y grupos de la institución del matrimonio civil. Frente a esa realidad, las personas y grupos LGBT comparten, en general y al igual que las parejas heterosexuales, la idea que el matrimonio es la institución que representa el ideal de compromiso y unión reconocida por la sociedad. Así por lo demás quedó reconocido en el caso *Goodridge v. Department of Public Health* por el juez Marshall: *“Marriage is a vital social institution. The exclusive commitment of two individuals to each other nurtures love and mutual support; it brings stability to our society. For those who choose to marry, and for their children, marriage provides an abundance of legal, financial, and social benefits. In return it imposes weighty legal, financial, and social obligations”*.²⁴⁴ No obstante, vivimos en un mundo donde este derecho a contraer dicho vínculo se les niega a una enorme cantidad de personas y grupos LGBT, privándolos de una serie de beneficios. Según la opinión del juez MARSHALL en el caso *Goodridge*: *“The benefits accessible only by way of a marriage license are enormous, touching nearly every aspect of life and death”*.²⁴⁵

²⁴⁴ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. P. 312.

²⁴⁵ *Ibidem*. P. 323

Es incontable el número de parejas del mismo sexo afectadas por esta prohibición alrededor del mundo. La cantidad de personas aquejadas por no poder acceder, por ejemplo, a una pensión de supervivencia, a aumentos de sueldo en sus trabajos, a planes de salud, a cobertura de seguros es incalculable. Chile no es la excepción, es más, actualmente es uno de los países sudamericanos que ofrece menor protección a propósito de estos asuntos. Es una situación de grave retraso en la medida en que el matrimonio civil es ciertamente acerca del amor y el compromiso, pero también una cuestión de acceso a numerosos derechos que las legislaciones contemplan para las parejas casadas.

La discriminación arbitraria supone la negación ilegítima para una persona o un colectivo de un derecho concedido al resto de la población. En California, por ejemplo, ello quedó establecido en el caso *Pérez v. Sharp* (1948, 32 Cal.2d 711), que determinó que la regulación prohibitoria de los matrimonios entre personas de distinta raza, resultaba inconsistente con el derecho constitucional al matrimonio.²⁴⁶ Así también, a juicio de la Corte Constitucional de Sudáfrica, la exclusión de las parejas del mismo sexo, de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es una pequeña y tangencial inconveniencia, sino que representa una dura declaración legal que las parejas compuestas por miembros del mismo sexo son “outsiders”, y que su necesidad

²⁴⁶ Supreme Court of California. *In re Marriage Cases*. Op Cit. Pp. 5-6

de afirmación y protección de sus relaciones íntimas como seres humanos, es de alguna manera menor a aquella de las parejas heterosexuales.²⁴⁷

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, advirtió la misma deficiencia al remarcar un déficit de protección legal para conceder los mismos beneficios a parejas del mismo y distinto sexo: “la diferencia de trato para parejas que se encuentren en situaciones asimilables puede plantear problemas de igualdad y, del mismo modo, la ausencia de previsión legal para las parejas del mismo sexo en relación con ventajas o beneficios que resultan aplicables a las parejas heterosexuales, puede dar lugar, a un déficit de protección contrario a la Constitución, en la medida en que desconoce un imperativo superior conforme al cual, en determinadas circunstancias, el ordenamiento jurídico debe contemplar un mínimo de protección para ciertos sujetos, mínimo sin el cual pueden verse comprometidos principios y derechos superiores, como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad o la solidaridad”.²⁴⁸

Dentro de los factores que influyeron en los cambios de actitud hacia las personas LGBT, y que pavimentaron el creciente apoyo de estas demandas alrededor del mundo, se encuentran: la enorme construcción legal asociada al matrimonio y su negación para estas minorías, el peso que la sociedad da a la

²⁴⁷ *Fourie and Another vs. Minister of Home Affairs and Another*. Corte Constitucional de Sudáfrica. Óp. Cit.

²⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-029/2009, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>. [consulta: junio 2012].

decisión de contraer dicho vínculo, los innegables alcances de los medios de comunicación social facilitando el acercamiento de la sociedad hacia dichas minorías, junto con otros cambios en las actitudes hacia estas personas y grupos que se han venido produciendo en la sociedad.

Un argumento clave a la hora de defender la exclusividad del matrimonio para las personas heterosexuales, rechazando la idea de utilizar la nomenclatura “matrimonio” para nombrar el compromiso registral civil entre homosexuales, consiste en que esta palabra es de origen anterior a la creación de las normas estatales, y que por lo demás, pertenece a la tradición cristiana, la cual rechaza, en la mayoría de sus vertientes, el matrimonio gay. Así, en el caso de California, el *General Attorney* para el caso *In re Marriage* propone conceder los mismos beneficios tanto a parejas homosexuales como a heterosexuales, pero manteniendo la diferenciación entre *domestic partnership* y matrimonio, respectivamente.²⁴⁹ Esta idea fue rechazada por la Corte Suprema de California en la misma causa, aduciendo a una diferencia inaceptable y, por lo tanto, atentatoria contra la igual dignidad y respeto de todas las personas, porque entraña una discriminación arbitraria para las parejas del mismo sexo en relación a las de diferente sexo.²⁵⁰ La misma idea fue propuesta por los legisladores en Sudáfrica, intentando preservar el matrimonio exclusivamente para los heterosexuales. Sin embargo, según lo

²⁴⁹ Supreme Court of California. *In re Marriage Cases*. Óp. Cit. P. 6.

²⁵⁰ Supreme Court of California. *In re Marriage Cases*. Óp. Cit. P. 8-9

expuesto en el punto 3.1.6, dicha idea también fue desechada porque suponía establecer una nomenclatura diferente para una misma situación. La Corte Constitucional sudafricana determinó que la exclusión de las parejas del mismo sexo del estatus, derechos y responsabilidades entregadas a las parejas heterosexuales a través del matrimonio, constituye una negación hacia ellos de su derecho a igual protección y beneficios de la ley.²⁵¹

Massachusetts es otro de aquellos lugares donde los jueces que fallaron no sólo sorprendieron a los habitantes de dicho estado, sino también al resto del mundo; ello se pudo alcanzar porque la igualdad en el acceso y en los derechos conferidos por el matrimonio para las personas del mismo sexo, se venía tejiendo desde mucho antes en la legislatura, tanto en los tribunales como en las calles de dicho Estado. Ejemplo de lo anterior, es la dictación de la ley antidiscriminación por razones de género (1989), adicional a los avances en áreas como la economía, educación –mediante la implementación de políticas para evitar suicidios por razones de género-, transporte -campanas contra la discriminación en buses-, entre otras.

Así también fue en el caso de California. Como se señaló en la sección anterior, la mayoría de los miembros de la Corte Suprema de dicho Estado sostuvo que la alusión de la ley al género para limitar el matrimonio solo a

²⁵¹ *Fourie and Another vs. Minister of Home Affairs and Another*. Óp. Cit. Párrafo 75.

parejas heterosexuales contradecía la Constitución estatal porque implicaba una violación de los principios del debido proceso e igual protección. Lo anterior se basaba en la consideración de que el Estado falló en identificar alguna razón constitucionalmente aceptable para hacer esta diferenciación.²⁵² La misma Corte fue incapaz de encontrar, en la regulación del matrimonio existente alguna vinculación racional entre la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y el objetivo estatal -sostenido en la defensa de la norma de aquel entonces- de fomentar la procreación, el interés superior del menor y la protección de las arcas fiscales.²⁵³ La Corte rechazó estos argumentos aplicando un test de racionalidad. Así: “(...) *For due process claims, rational basis analysis requires that statutes bear a real and substantial relation to the public health, safety, morals, or some other phase of the general welfare. For equal protection challenges, the rational basis test requires that "an impartial lawmaker could logically believe that the classification would serve a legitimate public purpose that transcends the harm to the members of the disadvantaged class".*²⁵⁴

En Argentina y California se dieron razones similares. En el caso argentino, se determinó que: “(...) el Estado es quien debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesaria para el

²⁵² *Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health*. Op. Cit. P. 312.

²⁵³ *Ibidem*. P. 331.

²⁵⁴ *Ibidem*. P. 330.

cumplimiento de un fin legítimo”²⁵⁵. Por su parte, el caso californiano, después de aplicar una interpretación estricta para intentar demostrar la validez constitucional de la prohibición del matrimonio homosexual, concluyó que no obedece a un interés del Estado el mantener dicha norma. Así: “(...) *the interest in retaining the traditional and well-established definition of marriage cannot properly be viewed as a compelling state interest for purposes of the equal protection clause, or as necessary to serve such an interest*”.²⁵⁶

De lo inmediatamente anterior se puede concluir que: a) El aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo no afecta interés alguno de los matrimonios heterosexuales, ni tampoco concederá más fueros o privilegios a los homosexuales, b) El mantener la definición de matrimonio, reservada sólo a la unión de un hombre y una mujer, y concederle a las parejas homosexuales una unión con un nombre distinto, no hace más que causar daño a las parejas homosexuales en general -aunque deseen o no casarse- y a sus hijos. Ello, debido a que pone en duda la igual consideración en cuanto a la dignidad e igualdad que la ley y la sociedad deben tener tanto para las familias hetero y homosexuales, c) Debido a la histórica discriminación que han sufrido las personas y grupos LGBT, el negarles la posibilidad de acceder a la institución del matrimonio civil, podría generar una señal equivocada a la sociedad en

²⁵⁵ Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Freyre Alejandro contra GCBA sobre Amparo. Óp. Cit.

²⁵⁶ Supreme Court of California, *In re Marriage Cases*. Óp. Cit.

cuanto a que perpetuar dicho estado es normal, y finalmente d) La mantención de dicha diferenciación provocaría, eventualmente, la mantención de la premisa de que los homosexuales, y las parejas que ellos formen, son más bien ciudadanos de segunda clase, los cuales pueden ser tratados menos favorablemente que sus pares heterosexuales. Por todo lo anterior, se utiliza la aplicación del criterio estricto al interpretar la norma que permite el matrimonio solamente entre heterosexuales.

Es así como la Corte Suprema de California concluyó, que el interés estatal en regular los matrimonios en la forma que lo ha venido haciendo, no es tal, y que por lo tanto, no satisface la ya mencionada interpretación estricta de la norma, por ser esta diferenciación en base al sexo de la o las personas. La Corte va mas allá, señalando que la norma objetada no supera ningún análisis racional, aunque no sea estricto. Por tanto, concluye que esta es inconstitucional.²⁵⁷

En Massachusetts, sin pronunciarse sobre la alegación de la parte demandante -sobre que las leyes existentes infringían el derecho fundamental al matrimonio-, por haberlo sometido a una revisión estricta de la ley,²⁵⁸ la

²⁵⁷ <http://www.courts.ca.gov/documents/S147999.pdf> P. 13, 14 y 15

²⁵⁸ Ibid. P. 354. Resulta importante destacar la opinión del juez Greaney, quien sostiene que la Corte debió aplicar el escrutinio estricto tradicional para el análisis del principio de la igual protección. Ello la hubiera llevado a aceptar que el matrimonio es un derecho fundamental, que la ley de Massachusetts utiliza una categoría sospechosa en su antigua ley, que excluye el

Corte, por mayoría de sus miembros, reformuló la definición de matrimonio civil, definiéndolo como “(...) *the voluntary union of two persons as spouses, to the exclusion of all others*”²⁵⁹, rechazando -como se explicó en el punto anterior- la antigua definición del *Common Law*: “*the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*”.²⁶⁰

Los argumentos en contra pueden extraerse a partir de la revisión de la sentencia hecha por la Corte de Apelaciones del noveno circuito, la cual revirtió los argumentos señalados en el párrafo anterior, sosteniendo que no existe un precedente que ampare la iniciativa de la Corte californiana; que la regulación del Estado no discrimina al permitir el matrimonio entre personas de distinto sexo solamente, porque no trata de forma diferente a miembros de distintos géneros, sino que solamente ofrece la oportunidad a parejas heterosexuales para contraer matrimonio. La Corte, además rechazó el criterio estricto de interpretación normativa, aplicando el estándar de razonabilidad a la norma, la cual pasa -según la misma- el filtro de constitucionalidad. Finalmente la Corte de Apelaciones razonó sobre la base de que el Estado tiene un interés legítimo en preservar la familia tradicional, y que por lo tanto, la existencia de la normativa californiana resulta admisible.

matrimonio gay, y que el Estado falla en demostrar que tiene un interés en esta exclusión. Ver *Ibid.* GREANEY, parte a).

²⁵⁹ *Ibidem.* P. 343

²⁶⁰ *Loc. Cit.*

Tal y como se explicó en el punto anterior, la decisión de estos casos es rica en argumentos a favor y en contra de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo. Para el caso de Massachusetts, los jueces SPINA, SOSMAN, y CORDY disienten de la opinión mayoritaria, señalando que no es la judicatura la llamada a realizar los cambios sociales, sino que es tarea del legislador como cuerpo representativo de la voluntad popular mayoritaria. Este mismo argumento fue esgrimido por el juez CORRIGAN para el caso *In Re Marriages*, quien, si bien estimaba que los homosexuales californianos deberían poder casarse, no le correspondía a dicha Corte permitir dichas uniones, toda vez que la opinión de una mayoría de californianos sostuvo un punto de vista definido en las urnas, reservando la palabra matrimonio exclusivamente para las uniones heterosexuales. Consideramos este argumento como importante y sólido aunque la respuesta viene dada por la existencia de la regla contramayoritaria donde, aunque la mayoría popular -representada generalmente por el parlamento- decida violar los derechos de alguna minoría, esto no sería posible por la supremacía de la Constitución en la protección de los derechos. Así lo sostuvo el juez KENNARD en el mismo caso, en el cual argumentó, que al garantizar la Constitución a todos la igual protección de las leyes, es tarea de la judicatura el asegurar dichas garantías, y que los arquitectos de la Constitución federal norteamericana y de la Constitución del Estado de California comprendieron que prejuicios extendidos y profundamente arraigados pueden acarrear que las instituciones mayoritarias denieguen

libertades fundamentales a grupos minoritarios impopulares. Por ello, la forma más efectiva para remediar esta forma de opresión consiste en una judicatura independiente, cargada con la responsabilidad solemne de interpretar y aplicar las normas constitucionales que garantizan la libertad y la igual protección.²⁶¹ Adicionalmente, sigue siendo el rol de los tribunales de justicia el determinar cuándo un derecho ha sido violado en base al principio procesal de la inexcusabilidad para el caso en particular.

El límite a la capacidad para conocer y decidir de las materias de familia, tanto en Massachusetts como en California -postulamos que lo propio ocurre en Chile-, viene dado por la judicatura misma. Es ella la que debe proteger los derechos de las personas, porque es a ella a quien se le ha otorgado este mandato constitucional, mas no le corresponde pronunciarse sobre el fondo del asunto, legislando a través de sus opiniones. Así también razona la Corte Constitucional de Colombia.²⁶²

Hay quienes sostienen que la antigua ley de matrimonio civil de Massachusetts no discriminaba, puesto que prohibía tanto a hombres como a mujeres contraer matrimonio con alguien de su mismo sexo, situación que obviamente olvidó las otras expresiones identitarias de género, como asimismo

²⁶¹ Supreme Court of California, *In re Marriage Cases* . Óp. Cit. Voto del juez KENNARD, J. P. 30.

²⁶² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-029/2009, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm> [consulta: junio 2012]

carecía de racionalidad argumentativa, incluyendo la negación de la identidad propia de género.²⁶³

La interrogante que los jueces deben hacerse en los casos de *Goodridge* e *In Re Marriage*, no es si resulta constitucional o no el limitar el matrimonio sólo a las parejas de distinto sexo, sino considerar si la Constitución prohíbe el establecimiento de un marco regulatorio que otorgue los mismos derechos a las parejas del mismo y distinto sexo. La respuesta debe darse considerando todos los factores relevantes, incluyendo los beneficios y la consideración social que otorga el matrimonio dentro de la sociedad. La pregunta es más bien sobre protección constitucional, que sobre políticas públicas.

Para la Corte Suprema de California, el matrimonio está, hoy por hoy, destinado solamente a las personas heterosexuales, si consideráramos solamente la literalidad del texto constitucional. Con todo, la existencia del *Domestic Partnership* -que puede entenderse como una ley de uniones civiles- no otorga exactamente los mismos derechos ni tampoco iguala a las parejas del mismo sexo con las de diferente sexo -al no conceder derechos federales asociados con la seguridad social, impuestos, beneficios para veteranos de guerra, inmigración y programas de empleo federal, así como tampoco derechos asociados a prácticas administrativas, o leyes provenientes del

²⁶³ Supreme Court of California, *In re Marriage Cases*. Op. Cit. P. 95

Common Law al respecto-. Tampoco iguala ambos estatutos en cuanto a dignidad e igualdad en el mensaje o señal que se pretende enviar a la sociedad.²⁶⁴ Adicionalmente, la Corte Suprema de California formuló una pregunta de fondo al momento de rechazar la idea de que el Estado tenga un interés en que la norma sobre el matrimonio siga siendo entre un hombre y una mujer: si el Estado tiene un interés -fundado en la Constitución- en reservar el matrimonio para las personas de distinto sexo, y de paso excluir a las homosexuales, tiene que preguntarse también si esa restricción normativa es necesaria para cumplir con el interés estatal. Es precisamente sobre esa base que la Corte Suprema termina declarando la inconstitucionalidad de la normativa sobre el matrimonio en California.²⁶⁵

Lo que antes era inimaginable, ha sido, gradualmente posible en un número no menor de países. Donde hace no mucho tiempo atrás se hablaba de homosexualidad y su relación con el SIDA, la prostitución y el crimen, hoy en día se habla de igualdad, dignidad y derechos. Porque, tal y como el movimiento feminista de los años 70 hizo notar al mundo, lo personal es a la vez político. Así lo entendió la judicatura de Buenos Aires, al sostener que: “(...) el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se 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.

²⁶⁴ Loc. Cit. P. 44-46

²⁶⁵ Loc. Cit. P. 107

(...) la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas”.²⁶⁶

²⁶⁶ Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “*Freyre Alejandro contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA)*”, Expediente: EXP 34292/0, considerando VIII.

Capítulo IV: Situación de las uniones entre individuos del mismo sexo en Chile

4.1 Situación actual

En el último tiempo se ha manifestado en el mundo -incluyendo Chile- una creciente aceptación de las personas y grupos LGBT, así como también una mayor simpatía respecto de la lucha por sus derechos. Si bien para algunos la homosexualidad sigue siendo una condición negativa, objeto de censura y reproche, para una creciente cantidad de personas consiste en una orientación sexual digna de ser reconocida y protegida.

En la actualidad, nuestra legislación no contempla la posibilidad de que las parejas compuestas por personas del mismo sexo gocen de los mismos derechos otorgados a las parejas heterosexuales, unidas mediante la institución del matrimonio. Tampoco se contempla la posibilidad de que estas parejas registren su unión no matrimonial ante algún organismo público que las reconozca, y les otorgue protección por parte del Estado.

La situación antes descrita genera una serie de desventajas para las parejas homosexuales, durante toda la duración de dicha relación, e incluso después de finalizada ésta, según se explicó en los capítulos anteriores.

Sin duda, una de las aspiraciones más importantes de las personas y grupos LGBT, tanto en el extranjero como en Chile, consiste en que se les dé la posibilidad de acceder al matrimonio civil, toda vez que dicha institución goza de un reconocimiento y prestigio social significativo, como también de una importante protección social por parte del Estado, además de una serie de beneficios específicos que provienen desde el mundo público y privado.

Las personas LGBT -y quienes abogan en su favor-, buscan que se les reconozca su derecho a formar una familia con quienes ellos deseen, sin más intervención del Estado que reconocer y proteger dicho núcleo familiar. Sin embargo, dichas demandas han encontrado una fuerte oposición de grupos conservadores en nuestra sociedad, principalmente sectores religiosos que sostienen que, de aprobarse dicho tipo de uniones, se destruiría la institución familiar y -como consecuencia- la sociedad chilena, por ser la familia (concebida tradicionalmente) la base principal de ésta.^{267 268}

En nuestro país, uno de los primeros reconocimientos a la pareja homosexual como una forma de familia, estuvo dado por la sentencia de la

²⁶⁷ Acción Familia. *En defensa de una ley superior. ¿Por qué debemos oponernos al pseudo "matrimonio" y Movimiento Homosexual?* Diciembre 2004. Chile. p. 252.

²⁶⁸ "Cardenal Errázuriz califica de "aberración" matrimonio entre personas del mismo sexo" en LATERCERA.COM, el 31 junio de 2010, disponible en http://www.latercera.com/contenido/680_280752_9.shtml. [consulta: mayo 2012].

jueza de garantía de Combarbalá, quien en 2006 condenó a un hombre, utilizando las normas del derecho de familia tras haber cometido actos de violencia intrafamiliar en contra de su pareja homosexual y el hijo de éste. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena, estableciendo que: “(...) el concepto de conviviente incluye en forma extensiva a aquel unido a otro en una relación de convivencia homosexual, a quien se considera además como integrante del grupo familiar.”²⁶⁹ Otra forma de reconocimiento a dicho tipo de familias consiste en el hecho que una pareja homosexual pueda postular al subsidio habitacional, concurriendo a una notaría y manifestando en una declaración jurada que viven juntos y que son una pareja, para los efectos de que ninguno pueda volver a postular a dicho subsidio,²⁷⁰ cumpliendo con los mismos requisitos que se le exigen a los conviviente heterosexuales.²⁷¹

Si bien no existe en Chile una norma que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, hay una serie de proyectos de ley presentados, ya sea por iniciativa del Ejecutivo o por algunos parlamentarios que abogan a favor de estos grupos y personas. Estos tienen por objeto el reconocimiento de un

²⁶⁹ “Inédita condena por violencia intrafamiliar en pareja gay”, en MUMS, Enero 2007 <http://www.mums.cl/sitio/contenidos/noticias/11ene07.htm>. [consulta: mayo 2012].

²⁷⁰ “Gran avance: Emiten instructivo para que subsidios habitacionales beneficien a parejas homosexuales”, en http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=741&Itemid=1. 25 de mayo de 2009. [consulta: mayo 2012].

²⁷¹ MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, disponible en http://www.minvu.cl/opensite_det_20110502163412.aspx, visitado en mayo 2012.

conjunto de derechos para las parejas homosexuales. Todos ellos tienen en común buscar el reconocimiento legal de este tipo de uniones, ya sea total, a través del matrimonio civil igualitario para heterosexuales y homosexuales, o bien parcial, mediante un reconocimiento que otorgue a las parejas del mismo sexo algunos de los derechos que contempla el matrimonio, a través de algún tipo de unión civil.

Dentro de los proyectos que buscan consagrar la unión civil, cabe distinguir, por una parte, entre aquellos que buscan regular únicamente las relaciones entre personas del mismo sexo, sobre la base de que las parejas heterosexuales pueden acceder al matrimonio y por lo tanto sería innecesario extender esta unión no matrimonial a estas parejas, y por otra, las que procuran normar las uniones de parejas de hecho en general, sin importar el sexo de quienes componen dicha unión. Ambas opciones buscan consagrar ciertos derechos de índole patrimonial a dichas parejas, pero siempre reconociendo que el matrimonio es una institución que sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer.²⁷²

El último de dichos proyectos fue presentado por el Ejecutivo en cumplimiento de una promesa de campaña electoral. Se conoce como *Acuerdo de Vida en Pareja*, y es definido como: “Un contrato, que pueden celebrar dos

²⁷² Proyecto “*Acuerdo de Vida en Común*” presentado por el entonces Senador Andrés Allamand. Boletín 7.011 – 07.

personas, del mismo o distinto sexo, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común”.²⁷³ Sin embargo, dicho proyecto no cuenta con un amplio apoyo parlamentario, incluso dentro del mismo bloque oficialista, dentro del cual hay importantes sectores que sostienen una posición conservadora en torno a los temas valóricos. Se prevé, por tanto, que este proyecto tendrá una larga y difícil tramitación en el Congreso.²⁷⁴

La fórmula concreta de reforma a la institución del matrimonio civil en Chile consiste en el reemplazo de su definición legal, cambiándose la parte en la que dice “entre un hombre y una mujer”, por “dos personas” y eliminando la palabra “procrear”.²⁷⁵

Como conclusión, la discusión de este tema en Chile se encuentra en un estado inicial. Recién se comienza a debatir respecto de estas nuevas formas de familia, situación que dista mucho de la de otras naciones que han logrado resolver este asunto en uno u otro sentido, como se vio en capítulos anteriores.

²⁷³ Gob.cl, “Proyecto de ley que establece y regula el Acuerdo de Vida en Pareja”, 09 de Agosto de 2011. [consulta: mayo 2012].

²⁷⁴ UDI presenta reforma constitucional para establecer matrimonio entre hombre y mujer. EMOL. 11 de agosto de 2011. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/08/11/497421/udi-presenta-reforma-constitucional-para-establecer-matrimonio-entre-hombre-y-mujer.html>. [consulta: junio 2012].

²⁷⁵ Artículo 102 del Código Civil Chileno: “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.”

4.2. Posibilidad de implementación de una normativa respecto de estas uniones, a partir de los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes

Si bien nuestra legislación no contempla la posibilidad de que las parejas compuestas por miembros del mismo sexo puedan contraer matrimonio, tampoco la prohíbe de forma expresa, así como tampoco excluye regulaciones alternativas a esta institución. Con todo, existe una serie de disposiciones que - en caso de ser aplicadas- podrían permitir dichas uniones por tener un rango superior al de las leyes que regulan el matrimonio, en especial al art. 102 del Código Civil, que señala expresamente que el matrimonio civil es entre un hombre y una mujer.

Efectuando un análisis a nivel constitucional, debemos comenzar por señalar lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo primero de la Constitución: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. De lo anterior, no se infiere que la familia protegida por la Constitución sea única y exclusivamente la heterosexual, así como tampoco solamente la que se encuentra dentro del matrimonio, a pesar que algunos sostuvieron que la única familia de la que

habla la Constitución en su artículo primero, es la familia matrimonial, por considerarse ésta como el modelo ideal y óptimo de familia.²⁷⁶

Por su parte, contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana -si se tiene capacidad para ello- destacando que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Para ello debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.²⁷⁷

Así quedó plasmado en el voto de minoría del fallo del pronunciamiento sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del art. 102 del Código Civil, requerido por la Corte de Apelaciones de Santiago al Tribunal Constitucional como medida para mejor resolver en el marco de un recurso de protección deducido por tres parejas homosexuales en contra del Registro Civil, las cuales reclamaban que la negativa de dicho servicio a, por una parte, celebrar un matrimonio entre dos hombres; y por otra, no reconocer dos matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero, eran actuaciones ilegales y arbitrarias, por ser estas contrarias a la Constitución, intentando con ello suprimir el mencionado artículo de la ley civil. En dicho voto, el Ministro del

²⁷⁶ CORRAL Talciano, Hernán. Familia sin matrimonio. ¿Modelo alternativo o contradicción excluyente?.1994. Revista Chilena de Derecho, Vol. N°2. Pp. 259-272.

²⁷⁷ Artículo Primero inciso cuarto Constitución Política de la República.

Tribunal Constitucional, Hernán Vodanovic Schnake, señaló: “(...) no hay duda que, para sus protagonistas, el matrimonio entre personas del mismo sexo expresa la plena realización de los valores de libertad, igualdad y dignidad humanas.”²⁷⁸ Y: “(...) frente a la oposición entre el ejercicio de tales derechos y la protección de la familia, una ponderación razonable del conflicto no puede sino dar preeminencia a la dignidad y derechos humanos de las personas por sobre los intereses de una institución social, por trascendente y respetable que ella sea”.²⁷⁹ Sin embargo, la mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional optó por rechazar el requerimiento interpuesto por dichas parejas al considerar, entre otras cosas, que: “(...) los efectos y regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional”,²⁸⁰ dando a entender que corresponde al legislador la decisión si le permite a las parejas homosexuales contraer matrimonio en Chile.

Dentro de las diversas opiniones de los Ministros del Tribunal Constitucional, llama la atención la de la Ministra Marisol Peña Torres, quien sostuvo que: “(...) el matrimonio entre un hombre y una mujer constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear. Así,

²⁷⁸ Sentencia Rol1881-2010 Tribunal Constitucional Chileno, 03 de noviembre de 2011, voto minoritario del Sr. Ministro Hernán Vodanovic Schnake. p. 64.

²⁷⁹ *Ibíd.* p. 65.

²⁸⁰ Sentencia Rol1881-2010 Tribunal Constitucional Chileno, 03 de noviembre de 2011. p. 08

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 a través del tiempo (...).²⁸¹ Con ello, queda plasmado en el fallo citado la opinión conservadora respecto del matrimonio homosexual.

Como respuesta a lo ya expresado, es menester recordar que no es necesario el matrimonio para que un hombre y una mujer puedan engendrar, como tampoco, por cierto, que una eventual aprobación del matrimonio homosexual no conllevaría al extremo –como implican algunos- de que todos los hombres se unirán con hombres y todas las mujeres se unirán con mujeres, con el consecuente fin de la especie humana,²⁸² toda vez que dicha posible normativa tendría por objeto permitir contraer dicha unión a quienes tienen una orientación sexual distinta, sin afectar en lo más mínimo a los heterosexuales, quienes seguirán siendo libres de decidir cuándo y con quién contraer matrimonio, o para permanecer fuera de dicha institución.

²⁸¹ Sentencia Rol1881-2010 Tribunal Constitucional Chileno, 03 de noviembre de 2011, voto minoritario de la ministra Marisol Peña. p. 25.

²⁸² El Papa insiste en que las bodas gay amenazan la humanidad. PUBLICO.ES. 10 de enero de 2012. Disponible en <http://www.publico.es/internacional/416184/el-papa-insiste-en-que-las-bodas-gays-amenazan-a-la-humanidad>. [consulta: junio 2012].

Entonces cabe preguntarse: ¿Por qué en Chile dos personas del mismo sexo, mayores de edad, plenamente capaces, que pretenden formar una comunidad de vida para construir un proyecto común no pueden contraer matrimonio con quienes ellos desean y que dicha unión sea reconocida por el Estado? Si bien el art. 102 del Código Civil es claro al señalar que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer, hay que tener en cuenta la mayor jerarquía que tiene nuestra Constitución, en concordancia con los tratados internacionales que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Otra de las razones que permitirían llegar a la conclusión, desde un punto de vista constitucional, que se debiera permitir que los homosexuales contraigan matrimonio u otra unión civil es el hecho que el artículo 102 del Código Civil se dictó bajo la vigencia de la Constitución de 1833, por lo que - habiendo transcurrido más de un siglo y medio- esta norma no se ha adecuado a las modificaciones de las estructuras sociales, incluyendo al matrimonio civil. Dicho artículo debe ser compatible –para ser aceptable como norma en la actualidad- no con la Constitución de 1833, sino con la Constitución de 1980.

Además, hay que tener en cuenta que el matrimonio en Chile, al igual que en otras partes del globo, es una construcción social histórica, cuya estructura no ha sido siempre la misma, sino que se encuentra en permanente evolución. Sus elementos esenciales no son necesariamente los mismos de

ayer ni serán los mismos de mañana. Antes se consideraba al matrimonio fundamentalmente como una institución que legitimaba el ejercicio de la aptitud para generar descendencia. Sin embargo, hoy en día el matrimonio expresa principalmente la idea de una unión de dos personas basada en la solidaridad, el afecto y la asistencia recíproca.²⁸³

También es importante destacar que la institución matrimonial no se ha mantenido a lo largo de la historia de la humanidad sin variaciones, no sólo a través del tiempo, sino también, coetáneamente, en distintas culturas, de lo que se puede desprender que ésta puede volver a ser modificada para adecuarse a nuevas demandas sociales. Ejemplo de lo anterior fue la prohibición del matrimonio entre personas de diversa raza que se mantuvo vigente en una serie de países y que fue derogada luego de arduas batallas contra el racismo.

Por su parte, el artículo 19 N°2 de la Constitución²⁸⁴ consagra la igualdad ante la ley, señalando que en Chile no hay persona ni grupos privilegiados. Pero al no permitirse a los homosexuales contraer matrimonio, se les excluye de la posibilidad que gozan los heterosexuales de casarse, forzando a los primeros a convivir con una nula protección por parte del Estado, toda vez que éste no regula los efectos jurídicos de la convivencia no matrimonial, salvo en

²⁸³ *Ibíd.* p. 70.

²⁸⁴ Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:
N°2: La igualdad ante la ley. (...)

casos muy excepcionales.²⁸⁵ La misma igualdad ante la ley se encuentra consagrada en los Art. 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el Art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el Art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en los Arts. 1.1. y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos de los que es parte Chile y cuyo objeto es reconocer – no consagrar- derechos que todos los seres humanos tienen por el sólo hecho de ser tales y que deben respetarse indistintamente, cualesquiera sean las circunstancias en que dichas personas se desenvuelven y del contexto político-social en que se encuentran. Los instrumentos vinculantes citados, son parte de nuestra legislación interna, además, según lo dispuesto en el art. 5 de la Constitución, es deber del Estado respetar y promover los derechos que ellos reconocen.

Sin embargo, está ocurriendo todo lo contrario, puesto que se está excluyendo a una parte de la población de un derecho que corresponde a su esfera más íntima, despojándola de toda protección jurídica, vulnerando los derechos consagrados en los artículos 12 y 16 de la Declaración Universal de

²⁸⁵ Por ejemplo el conviviente es una de las personas legitimadas para ser considerada víctima de un delito, cuando el afectado por el mismo no puede ejercer los derechos que la ley le confiere, según lo dispuesto en el art. 108 del Código Procesal Penal, sin embargo, dicho artículo establece un orden de preferencia, estando el conviviente en tercer lugar, detrás del cónyuge e hijos y de los ascendientes.

Derechos Humanos,²⁸⁶ los que señalan que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia (...), como también la consagración del derecho a contraer matrimonio y a formar una familia, que requiere solamente del libre y pleno consentimiento de los futuros cónyuges. El art. 16 señala que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Dicho artículo no dispone que el matrimonio deba celebrarse entre un hombre y una mujer.

Si bien la ley chilena no se manifiesta directamente en contra de las parejas compuestas por miembros del mismo sexo, no permite que todas las personas libres y con pleno consentimiento formen dicha comunidad de vida con la persona que ellos elijan. La misma ley falla al no regular los efectos de dicha convivencia, afectando los demás derechos de las personas que componen dicha relación, dejándolos desamparados ante cualquier eventualidad, especialmente una vez que dicha relación termina.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos contempla una serie de principios y normas que se encuentran consagrados en diversos tratados, y

²⁸⁶ El mismo derecho a contraer matrimonio se encuentra consagrado en el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental para la sociedad, y a recibir protección para ella.

que directa o indirectamente, resultan de suma importancia al momento de determinar cómo deberían regularse las uniones afectivas entre personas del mismo sexo en Chile. Además de los ya mencionados, se encuentran también referencias pertinentes en el artículo V y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 2, 7 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 8 y 14 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; artículo 2(2) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 1(1), 11 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1 a) del Convenio Sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) y por último el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Dichos instrumentos tienen en común el hecho que consagran en diversos ámbitos el principio de igualdad y no discriminación, toda vez que la discriminación por orientación sexual no es más que una distinción arbitraria porque se basa en una característica que las personas no pueden cambiar o no es lícito exigir que la cambien. Por ende, el Estado no debe hacer este tipo de distinciones en torno a la regulación jurídica de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en relación con aquellas entre personas de distinto sexo.

Respecto de involucrar una discriminación arbitraria (que son aquellas que se encuentran expresamente en los tratados, o que han sido agregadas mediante la interpretación que han hecho los distintos órganos jurisdiccionales internacionales), es importante mencionar que la tendencia de hoy en día avanza en el sentido de que las diferencias establecidas en base a una de esas categorías deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, debiendo los Estados demostrar la existencia de un interés particularmente importante o una necesidad imperiosa a fin de que las distinciones hechas no sean consideradas discriminatorias.²⁸⁷

En la misma línea, podemos sostener que existe una presunción de ilegitimidad respecto del objetivo perseguido por el Estado cuando distingue normativamente entre familias heterosexuales y homosexuales, dado que lo hace sobre la base de una de las “categorías sospechosas”. Debe recaer sobre éste la difícil tarea de demostrar que dicha diferenciación responde a una necesidad imperiosa, junto con el hecho que no existe un medio menos gravoso para alcanzar el objetivo deseado.²⁸⁸

²⁸⁷ DULITZKY, Ariel F. “El principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”. Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago. 2007. p. 20.

²⁸⁸ Ibid. p. 23.

4.3 Admisibilidad en Chile de las uniones entre personas del mismo sexo, utilizando las razones empleadas por la jurisprudencia y legislaciones extranjeras seleccionadas

Consideramos que la jurisprudencia y legislaciones extranjeras atingentes tienen un gran valor en su calidad argumentativa, respecto de la posibilidad de regular la existencia o no del matrimonio y uniones en general entre personas del mismo sexo, así como también permiten acercarnos al camino para desarrollar un debate al respecto en nuestro país. Tomar en cuenta los contextos (expuestos a lo largo de este trabajo) en que se han desarrollado estas discusiones en el mundo ha sido esencial para llegar hasta este punto en el que, tomando en cuenta los mejores argumentos, propondremos las bases de una construcción argumentativa para regular dichas uniones matrimoniales o no matrimoniales reconocidas por el Estado.

Si pensáramos en la posibilidad de contar con el acceso al matrimonio por parte de personas del mismo sexo en Chile, notaríamos de inmediato que ello viola una interpretación literal de la norma inserta en el artículo 102 del Código Civil, como asimismo su lógica e historia (ver capítulo II). El sentido literal de la norma resulta evidente y, a nuestro juicio, no admite interpretación alguna. Con todo, es posible criticar su existencia por contravenir los principios

de igualdad y no discriminación vigentes en nuestra Constitución declarándose consecuentemente inconstitucional.

La existencia de la institución del matrimonio es transversal a todas las culturas. La opinión generalizada sobre su legitimidad y conveniencia se basa en el elevado grado de unión, seguridad, reconocimiento social y publicidad que otorga el matrimonio al compromiso entre dos seres humanos - mayoritariamente hombre y mujer- trayendo estabilidad en la sociedad, tal como lo menciona el juez Marshall en *Re Marriage Cases*.²⁸⁹ Por lo demás, el matrimonio -además de ser considerado socialmente útil- es personalmente deseable dado el contexto antes descrito, que resulta característico en sociedades de origen o influencia judeo cristiana.

Dada esta importancia del matrimonio, tenemos que preguntarnos: ¿Es socialmente deseable en Chile que las parejas homosexuales puedan contraer vínculos bajo el nombre matrimonio? La respuesta, tomando en cuenta el caso californiano, es sí. En dicho Estado, el procurador general propuso diferenciar a las parejas homosexuales y heterosexuales en sus uniones, otorgándoles el nombre de uniones civiles y matrimonio respectivamente, pero la Corte Suprema lo revirtió utilizando los argumentos ya mencionados en el capítulo III. En Massachusetts se determinó que el hacer referencia a los sexos para limitar

²⁸⁹ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op Cit. p. 312.

el acceso al matrimonio civil, desafía la Constitución estatal, violando los principios del debido proceso e igual protección, por su irracionalidad (argumento mencionado en el capítulo III). Lo mismo ocurrió en Sudáfrica una vez que, dentro del plazo otorgado por la Corte Constitucional Sudafricana, para que el Legislador de dicho país dictase una ley que regulara los efectos de las uniones entre personas del mismo sexo, se propuso dictar una ley de uniones civiles, que otorgase los mismos derechos a las parejas homosexuales, pero sin que se llamase a dichas uniones “matrimonio”. Esta opción quedó descartada, según se indicó en el capítulo III, porque era volver a instaurar la vieja y rechazada premisa *separate, but equal*, similar al *apartheid* que sufrió aquel país durante largo tiempo. Es así como se dictó una ley que permitió a todas las parejas unirse, ya sea bajo la institución del matrimonio civil u otra asociación reconocida por el Estado. La Corte sudafricana concluyó que la exclusión de las parejas del mismo sexo del estatus, derechos y responsabilidades entregadas a las parejas heterosexuales, a través del matrimonio, constituye una negación hacia ellos de su derecho a igual protección y beneficios de la ley.²⁹⁰

Quienes abogan a favor del matrimonio homosexual no solicitan el establecimiento de derechos especiales a su favor, sino que piden que se les otorguen los mismos derechos que tienen las personas heterosexuales. Hay quienes sostienen que los homosexuales sí tienen el derecho a contraer

²⁹⁰ *Fourie and Another vs. Minister of Home Affairs and Another*. Corte Constitucional de Sudáfrica. Op. Cit. Párrafo 75.

matrimonio, pero sólo con una persona del sexo opuesto. Sin embargo, dado que una parte importante de dicho vínculo es la complementariedad afectivo-sexual que tienen las parejas, sería irrisorio pretender que una persona con orientación homosexual contraiga matrimonio con una persona de sexo opuesto.²⁹¹ Como señala el profesor HERNANDEZ: “(...) la forma de vida en pareja que hayan asumido o pretendan asumir ciertos ciudadanos, y que supone compartir su vida afectivo-sexual con una persona de su mismo sexo, no puede decirse en manera alguna que constituya un atentado a los derechos humanos de alguien. El hecho que determinadas opciones de vida de algunos ciudadanos provoquen la molestia o perturben las creencias de ciertos grupos de la población, jamás podría (en democracia) traer aparejado un castigo”.²⁹²

Las razones esgrimidas para defender que el matrimonio civil sea una institución exclusiva para heterosexuales en Chile, son similares a las de los otros países en estudio. Así, por ejemplo, la posibilidad de procrear entre los cónyuges vendría a ser determinante en lo que respecta a las diferencias entre parejas homosexuales y heterosexuales. Sin embargo, hoy por hoy no constituye un elemento esencial para la validez del matrimonio en Chile, toda

²⁹¹ La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia SU-642-1998, dictada el 05 de noviembre de 1998 definió qué se entendía por libre desarrollo de la personalidad. Esta consiste en la “capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia”. Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/SU642-98.htm>. [consulta:junio 2012].

²⁹² HERNANDEZ Paulsen, Gabriel. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: análisis a partir de la teoría del estado democrático de derecho. 2009. 1ª edición. Santiago. Editorial Arcis. p.137.

vez que se permite el matrimonio entre personas con disfunciones reproductivas, o bien entre personas que han pasado la fase fértil de su vida y, en general, entre personas que no podrían engendrar.

No olvidemos que el hecho de formar una pareja está dentro de la protección de la esfera privada y se basa, entre otros fundamentos, en el principio de la libertad sexual, en virtud del cual cada uno tiene la facultad de decidir por sí mismo respecto de cuándo y con quién tener relaciones sexuales, libre de coacción, violencia, reproche, discriminación y sin otros límites que la no-transgresión de la libertad sexual de otras personas. Esta libertad supone autodeterminar la vivencia, experiencia y significación de la propia sexualidad, tenga ésta o no una finalidad procreativa.²⁹³

Entonces, no se comprende por qué la imposibilidad de procrear en conjunto, deba significar negarles la posibilidad de realizar una vida afectivo-sexual a las parejas del mismo sexo.²⁹⁴ Por lo mismo, y considerando que el procrear a través de las relaciones sexuales no es en la actualidad la única solución al deseo de formar una familia con hijos, las Cortes de California y Massachusetts han fallado que ello no resulta esencial, y que las leyes no

²⁹³ Fundamentos de proyecto de Ley Marco sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, presentada por los diputados Isabel Allende, Gabriel Ascencio, Rosa González, Carlos Jarpa, Víctor Barrueto, Jaime Mulet, Osvaldo Palma, Fanny Pollarolo, Marina Prochelle y María Antoineta Saa. Boletín 2608-11. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000.

²⁹⁴ HERNANDEZ Paulsen, Gabriel. Op. Cit. p. 149.

exigen el poder reproducirse de la forma antes mencionada para contraer el vínculo matrimonial. Aceptar la argumentación contraria no sería más que determinar que existen parejas mejor preparadas que otras para poder criar hijos, sobre la base de su orientación sexual.²⁹⁵

Tampoco resulta especialmente importante para estas Cortes la afirmación que se suele hacer -para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo- que los menores se encontrarían mejor cuidados bajo el seno de una familia heterosexual, en vez de quedar al cuidado de una pareja homosexual. Hay quienes sostienen que los menores bajo el cuidado de una pareja gay, crecerían con una confusión de roles en lo relativo a su género, por el hecho de no contar con un modelo masculino y femenino que les prepare para una “mejor” vida en sociedad.²⁹⁶ Sin embargo, quienes abogan por esa hipótesis olvidan que a la fecha aquello no ha quedado demostrado; es más, tomando en cuenta que la mayoría de las personas homosexuales tienen padres heterosexuales, y que muchas mujeres solteras han criado solas a sus hijos, lo anterior no tendría por qué tener el menor impacto en la crianza de dichos menores.²⁹⁷

²⁹⁵ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health, Op. Cit. p. 332-333

²⁹⁶ “Por qué homosexuales no pueden adoptar niños, aclara Semanario católico mexicano”. ACIPRENSA.COM. Disponible en <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=28150>. [consulta: junio 2012].

²⁹⁷ No se afecta la crianza de hijos criados por parejas gay. IMPREMEDIA.COM. 06 de abril de 2012. Disponible en http://www.impremedia.com/No_se_afecta_la_crianza_de_hijos_criados_por_parejas_gay. [consulta: junio 2012].

Así también lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constatando que: “(...) la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños y riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.”²⁹⁸ También señaló la Corte que “(...) en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que 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”²⁹⁹. La misma idea fue esgrimida por la Corte Constitucional sudafricana, la que señaló que dicho país tiene una multitud de uniones familiares que están evolucionando rápidamente al desarrollarse su

²⁹⁸ Sentencia de 24 de febrero de 2012 caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Op. Cit. Párrafo 109.

²⁹⁹ Ibid. Párrafo 142.

sociedad, por lo que es inapropiado enquistar cualquiera forma particular como la única, social y legalmente aceptable.³⁰⁰

El interés superior del menor para dichos Estados, resulta de tanta importancia como en nuestro país,³⁰¹ pero ello no se protege limitando la crianza de los menores sólo dentro de matrimonios heterosexuales. La composición de las familias actuales es muy variada. Lo anterior queda de manifiesto en Chile a través de la regulación que establece el Código Civil, el cual entrega el cuidado personal a los padres, cuando vivan juntos, o a otra u otras personas competentes, según lo señala el artículo 226.

No parece correcto limitar de antemano la posibilidad de que ciertas parejas puedan tener un menor a su cuidado, puesto que se requiere de un examen de idoneidad que debe verse caso a caso. La Corte de Massachusetts señaló que no hay una asociación racional entre el estatuto que niega el matrimonio entre personas del mismo sexo y el objetivo del Commonwealth de proteger el interés superior del menor,³⁰² concluyendo que el mejor escenario para la crianza de los hijos es la familia, porque alienta a los padres a

³⁰⁰ *Fourie and Another vs. Minister of Home Affairs and Another*. Corte Constitucional de Sudáfrica. Op. Cit. Párrafo 59.

³⁰¹ Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. [consulta: junio 2012].

³⁰² *Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health*. Op. Cit. p. 334

permanecer juntos y consecuentemente a participar de la crianza común de los menores.³⁰³

Por lo tanto, en Chile, negar la posibilidad a menores de ser considerados como miembros de una familia, salvo en la acepción tradicional de la institución es un castigo hacia ellos y sus padres, basado en la orientación sexual de los segundos, lo cual constituye una discriminación arbitraria e ilegal. Así razonó también la Corte Suprema Californiana sobre este tema, concluyendo que -a diferencia de tiempos anteriores- el Estado (de California) reconoce la capacidad de las personas para establecer relaciones duraderas y comprometidas de afecto con otra, asumiendo también que la capacidad de una o ambas para criar niños, no depende de la orientación sexual. Esta característica no constituye una base legítima para discriminar contra estos grupos y personas, como tampoco lo fue por razones de raza en el pasado,³⁰⁴ con lo que creemos se envía una fuerte señal a la sociedad, al comparar la discriminación por orientación sexual con la de raza, situación ya zanjada en dicho país en favor de la diversidad.

En el mismo orden de ideas, otro argumento consiste en indagar si el Estado tiene o no un interés en que la norma que regula el matrimonio exclusivamente entre un hombre y una mujer siga teniendo validez. Para ello

³⁰³ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. p. 336

³⁰⁴ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. p. 7

existen argumentos a favor y en contra: Dentro de los que prefieren mantener el estatuto antiguo, se señala que el Estado tiene un interés actual en que ello sea de esta forma. Tal es el caso de la legislación californiana, donde la propia Constitución habla de “esposa y esposo.”³⁰⁵ Para los que defienden la antigua normativa en Massachusetts, no debiera existir regulación en favor de parejas homosexuales; para ello invocan el concepto de interés estatal, que trata de determinar cómo el Estado debe proteger los recursos públicos frente a personas que –a juicio de los que defienden esta posición-, son financieramente menos dependientes de las ayudas y programas de fomento estatales.

Lo anterior fue resuelto por dicha Corte, señalando que la legislatura actúa de forma irracional al conceder beneficios solamente a los matrimonios heterosexuales, perjudicando formas alternativas de construir familias.³⁰⁶ En el caso californiano, -donde el interés estatal es menos económico y más sociológico, en el sentido de poner énfasis en los derechos y no tanto en lo presupuestario-, la Corte concluye que la definición de familia es variable y que, en definitiva, la historia desmiente que los elementos que tradicionalmente han sido vistos como propios de una familia no puedan ser revisados por los tribunales.³⁰⁷

³⁰⁵ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. p. 107

³⁰⁶ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. p. 108

³⁰⁷ <http://www.courts.ca.gov/documents/S147999.pdf> p. 110

Tomando en cuenta el debate en Chile a favor de la mantención del matrimonio exclusivamente para heterosexuales,³⁰⁸ veremos que se utilizan ambos argumentos simultáneamente señalando, primero, que por encontrarse el matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil, ello difícilmente cambiará, debido a que este cuerpo legal define precisamente lo que es el matrimonio,³⁰⁹ sin dar pie a interpretaciones que permitan incluir la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, por considerar que la exclusión de parejas homosexuales se encuentra fundamentada en las diferencias entre varón y mujer. Creemos que en una interpretación correcta de esta norma no cabe mayor discusión acerca del real sentido y alcance de esta disposición legal. Por ello, para poder establecer regulaciones en favor del matrimonio entre personas y grupos LGBT, se debe atender a criterios de superioridad en la jerarquía de las normas, argumento ya desarrollado a principios de este apartado. Segundo, respecto del argumento desarrollado en Massachusetts, es decir, aquel que se refiere más a un análisis económico del llamado “interés estatal”, podemos sostener que la conclusión a la que llega la Corte es aplicable en Chile, toda vez que existe una discriminación arbitraria al contemplar el Estado y los privados, una serie de beneficios económicos a favor de ciertas personas en desmedro de otras, por ejemplo al considerar que la familia

³⁰⁸ El Tribunal Constitucional, en recurso de inaplicabilidad 1881-2010, el Ministro Raúl Bertelsen sostuvo que siendo el matrimonio la base principal de la familia (artículo primero de la Ley de Matrimonio Civil), sólo la unión carnal entre los contrayentes es la que, naturalmente, puede producir la procreación, uno de los fines del matrimonio, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo.

³⁰⁹ Tribunal Constitucional, Recurso de Inaplicabilidad Constitucional 1881-2010. p. 15.

heterosexual requiere del apoyo estatal, por ser esta más débil debido al potencial de engendrar hijos y el costo asociado de criarlos-. Este beneficio asociado resulta ilegítimo, precisamente porque carece de un fundamento razonable, produciendo una disparidad en las condiciones, las que consideramos inaceptable.

De lo anterior, es posible concluir que nuestros tribunales podrían razonar de forma similar a sus congéneres extranjeros para llegar a conclusiones que permitan establecer la inconstitucionalidad de las normas vigentes al respecto, y declarar su derogación o modificación tácita u orgánica en favor de las personas y grupos LGBT. La aplicación de un test de racionalidad básico, como el desarrollado por la Corte Suprema de Massachusetts en el caso *Goodridge*, o el de un estándar básico de razonabilidad, como en el caso *In Re Marriages* permitiría concluir, en el primer caso, que existe una violación de los principios del debido proceso, igualdad y no discriminación arbitraria; y en el segundo, que la norma deviene inconstitucional por ser derechamente irracional y discriminatoria.

De la anterior asociación podemos también concluir que el raciocinio hecho por la Corte de California para el caso *In Re Marriage Cases* (Cap. 4) es aplicable a nuestro país, así:

a) La aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo no influirá en las relaciones afectivas heterosexuales, así como tampoco otorgará más derechos a homosexuales en comparación con los derechos que ya tienen las parejas heterosexuales. Este razonamiento es aplicable en Chile, puesto que no existen leyes que establezcan acciones afirmativas (mal llamadas de discriminación positiva) ni otros tipos de leyes especiales en favor de estas minorías, sino solamente normas e interpretaciones contrarias a sus intereses;

b) La mantención de la institución del matrimonio sólo para parejas heterosexuales no hace otra cosa que dañar a las personas y grupos LGBT, sin conceder derechos adicionales o inferir daños a personas heterosexuales. Los efectos son contrarios a la igualdad, y consecuentemente, a la dignidad de estas minorías, a las que se deniegan estos derechos civiles y, por tanto se los posiciona, en los hechos, como ciudadanos de segunda clase dentro de la sociedad, ya que se ven impedidos de gozar de los mismos derechos que el resto. Creemos que ello es totalmente aplicable en nuestro país, tomando en consideración el contexto en que las actitudes y legislación LGBT se encuentran actualmente (ver capítulo I). La señal de que las personas LGBT son personas inferiores sólo por su condición, orientación sexual o identidad de género, es fuerte en nuestro país. A ello se suma una construcción normativa negacionista. El resultado no es otro que degradar a este grupo de personas;

c) La negación de estos derechos podría generar una señal equivocada a la sociedad respecto de las personas y grupos LGBT, determinando que discriminar por sexo, identidad sexual o identidad de género, es correcto en ciertas situaciones; y

d) La mantención de la diferenciación, provocaría tratamientos desiguales potenciales, lo que ocurre cuando se les atribuye a ciertas personas menos derechos. Ello genera una situación de vulnerabilidad y desprotección jurídica que se traduce, en sus extremos, en violencia y discriminación en contras de seres humanos simplemente por su condición sexual (ver capítulos I y II a propósito de la violencia y la discriminación en América latina y en Chile).

Otra línea argumentativa, proveniente desde la filosofía política, señala que los tribunales no son los llamados a conocer de estos asuntos, toda vez que, aplicando la división clásica de los poderes -así como los frenos y contrapesos propios de la coexistencia de aquellos- las tareas de modificar, suprimir y crear normas, pertenecen al legislativo, El poder judicial, se aduce, debería avocarse a conocer las causas que son puestas en su conocimiento, sin dar “recomendaciones” al legislador, quien encarna la voluntad soberana de acuerdo al principio de la representación popular.

Así zanjó la discusión el Tribunal Constitucional chileno, quien desestimó por mayoría conocer el fondo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, por estimar que los efectos y la regulación de las proyecciones del matrimonio son propios de la reserva legal. En cambio, el voto de disidencia, en el caso *In Re Marriage*, sostiene que, pese a que sea el pueblo (directamente o a través de sus representantes) el que fija las normas, los tribunales tienen la facultad de examinarlas a la luz de su legalidad constitucional,³¹⁰ tomando en consideración, especialmente, que en variadas ocasiones las corrientes mayoritarias del pensamiento arraigado en las sociedades, les han negado derechos a las minorías a través de la vía legislativa.

Los argumentos esgrimidos por la *United State Courts for the Ninth Circuit*, vistos en el capítulo III, son bastante similares a los expuestos por los defensores de la idea de mantener el matrimonio civil solamente para parejas heterosexuales en nuestro país. Así, el hecho de que el Estado diga que tiene un interés legítimo en preservar la familia tradicional (heterosexual), no hace más que perpetuar un estado normativo que nos parece anacrónico, ya que fue concebido bajo un contexto de moral victoriana (ver capítulo I), que ha cambiado. En dicho contexto, el fin de favorecer la procreación, así como la mantención de la familia heterosexual respondían a variados propósitos que

³¹⁰ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. Pp. 111-112

hoy no tienen validez en la misma medida, como el aumento de la población de una naciente república, cumplir con los mandatos de la Iglesia Católica, conservar derechos hereditarios, someter a la mujer a un régimen institucional reservado a la administración del hombre en la generalidad de los casos; de hecho en aquella época, se veía a la mujer como incapaz, situación que vino a cambiar recién en 1989 con la derogación de la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal.

Es por todo lo anterior que, coincidiendo con la sentencia en *Goodridge* y también en *Re Marriage Cases*, debemos concluir que la redefinición del concepto de matrimonio, “(...) *does not disturb the fundamental value of marriage in our society.*”³¹¹ No se busca destruir la institución del matrimonio civil, ni siquiera modificarla sustancialmente, sino simplemente ampliarla para dejar en claro que otras parejas pueden acceder a los derechos que las diversas legislaciones contemplan para quienes celebran su unión contrayendo tal vínculo.

Argumentos en contra de extender la definición de matrimonio existen por la historia misma del concepto (visto en el capítulo III); pero también, como razona la Corte de Massachusetts, por motivos científicos. Así, este tribunal propone retardar la entrada en vigencia de un concepto ampliado de matrimonio

³¹¹ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. p. 337

hasta obtener suficiente evidencia científica de que este nuevo tipo de familia, no irrogará riesgos para los menores criados bajo dicho alero: “(...) *it is rational for the Legislature to postpone any redefinition of marriage that would include same-sex couples until such time as it is certain that that redefinition will not have unintended and undesirable social consequences. Through the political process, the people may decide when the benefits of extending civil marriage to same-sex couples have been shown to outweigh whatever risks - be they palpable or ephemeral - are involved.*”³¹²

Este argumento pareciera digno de tomarse en cuenta, no obstante, el problema reside en determinar si alguna vez llegaremos a la certeza de que las parejas del mismo sexo pueden –por el solo hecho de su condición sexual- causar daño a menores bajo su cuidado. Creemos que ello es muy difícil de probar, como lo es el determinar si las parejas heterosexuales están o no capacitadas para semejante tarea. Entretanto, negar la posibilidad de que hoy en día haya menores que puedan ser criados por parejas homosexuales, es aplazar una reforma absolutamente necesaria para el bienestar de todos los individuos involucrados en una familia, inclusive los mismos niños.

Algunos también podrían preguntarse –tal como lo hace la Corte de Massachusetts en su voto de disidencia- ¿Por qué no creamos un cuerpo

³¹² Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. p. 362

paralelo, que otorgue los mismos derechos a parejas homosexuales, sin que ello sea matrimonio? La respuesta fue explicada en el apartado anterior (capítulo III). Con todo, es importante recordar que no resulta indiferente para ningún miembro de una familia homosexual, inclusive los menores bajo su cuidado, ser considerados o no como familia dentro de una sociedad en que el vínculo matrimonial reconocido por el Estado sigue gozando de prestigio, aceptación y reconocimiento para aquellos que lo contraen. Finalmente, ¿por qué discriminar en Chile? Creemos que no existen en nuestro país argumentos que permitan refutar de manera razonable lo expuesto por los tribunales de California, Massachusetts, Sudáfrica y Argentina (examinados en esta memoria) en favor de extender la definición tradicional de matrimonio.

Concordamos también con el desarrollo argumentativo de la corte californiana para el caso *In Re Marriage*, cuando estima que es necesario formularse dos preguntas antes de tomar una decisión respecto de la permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo: si el Estado tiene un interés irresistible en regular el matrimonio civil sólo para personas de distinto sexo; y si reservar la posibilidad de matrimonio únicamente para parejas heterosexuales resulta razonablemente necesario para cumplir con dicho objetivo.³¹³ Creemos que, sobre la base de la respuesta a ambas preguntas, los tribunales superiores chilenos debiesen aplicar una interpretación estricta respecto de la

³¹³ Hillary Goodridge & others v. Department Of Public Health. Op. Cit. p. 10

discriminación que supone excluir a personas del acceso a la institución del matrimonio por orientación sexual o identidad de género. La perpetuación de la definición tradicional de matrimonio civil no puede ser vista como un interés irresistible del Estado.

En cuanto a la pregunta sobre si es constitucional o no limitar el matrimonio sólo a las parejas de distinto sexo (expuesta en el capítulo III) creemos, concordando con las conclusiones de las sentencias *Goodridge* e *In Re Marriage*, que la pregunta consiste más bien, en determinar si la Constitución prohíbe el establecimiento de un marco regulatorio que otorgue los mismos derechos a las parejas de distinto y del mismo sexo, con los consecuentes derechos que dicha institución conllevaría, sin excepción alguna. Consecuentemente, creemos que el instaurar o no este nuevo marco legal, dice relación con una interpretación constitucional, antes que administrativa o simplemente legal. Asumimos que el Código Civil contiene un enunciado claro al respecto, pero también creemos que los tribunales y el legislador, aplicando el principio básico de la supremacía constitucional -incluyendo el artículo 5º de nuestra Carta Magna-, no puede sino concederle una protección similar, en armonía con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en ella, los que se encontrarían en discordancia con el artículo 102 del Código Civil, que limita el matrimonio sólo a las parejas heterosexuales.

También podríamos aplicar en nuestro país el raciocinio utilizado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Buenos Aires, el cual sostuvo que “(...) el recurso del legislador a ciertos factores de distinción puede responder a prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho,³¹⁴ justificando así una declaración de inconstitucionalidad de la norma legal sobre restricción del matrimonio a parejas formadas por un hombre y una mujer.

Los derechos humanos no son inmutables ni inmunes al paso del tiempo, sino que deben considerarse dentro de un contexto, tomando en cuenta las circunstancias históricas y culturales actuales que influyen en la amplitud de dichos derechos dentro de una sociedad como la nuestra -autodenominada como democrática y pluralista. Todas las formas de vida deben ser aceptadas y promovidas por el derecho, bajo la condición de que no atenten contra los derechos humanos de otras personas y de los mismos involucrados en la respectiva forma de vida.³¹⁵

Considerando lo anterior, actualmente es incontrovertible el hecho que las relaciones sexuales consentidas entre dos personas adultas del mismo sexo

³¹⁴ PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, “*Freyre Alejandro contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA)*”, Op. Cit. considerando X.

³¹⁵ HERNANDEZ Paulsen, Gabriel. *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: análisis a partir de la teoría del estado democrático de derecho*. 2009. 1ª edición. Santiago. Editorial Arcis. Página 134.

no atentan en contra de los derechos humanos de nadie, razón por la cual deben ser protegidas en el caso de llegar a formar una unión afectiva-sexual estable.³¹⁶ Toca al Estado aceptar y promover las distintas formas de vida a través de leyes justas e inclusivas.

³¹⁶ *Ibíd.* 151.

Conclusiones

Como hemos podido apreciar durante el desarrollo de este trabajo, a lo largo de la historia se han manifestado diversas actitudes hacia las personas y grupos LGBT, partiendo por una cierta tolerancia en épocas clásicas, para luego involucrar hacia una actitud de condena, clandestinidad y reprobación de la prácticas homosexuales en casi todo el mundo, influenciada principalmente por la moral imperante en las diversas épocas. Con todo, actualmente se observa en muchos países una creciente tolerancia y aceptación de las personas que tienen una orientación sexual distinta o una identidad de género diferente a la “tradicional”.

El primer capítulo nos permitió concluir que, actualmente, no existe una regulación uniforme a nivel mundial o regional respecto del tema en estudio, variando, desde una plena aceptación legal de dichas uniones -sean o no matrimoniales-, pasando por un total rechazo de aquellas formas de asociaciones, hasta acciones punitivas, estatales o privadas, en contra de quienes mantienen algún tipo de relación afectiva con otra persona del mismo sexo.

Con todo, existe cierta tendencia, en varios países occidentales, hacia una creciente aceptación, en algunos casos social y en otras simplemente legal,

de una regulación favorable hacia las personas y grupos LGBT. Lamentablemente, esta situación no se da en otras regiones del mundo, en las que se sigue tratando a la homosexualidad como una desviación, e incluso como un delito castigado con penas privativas de libertad, o aún peor, con pena de muerte.

Respecto de la situación en nuestro país –descrita en el segundo capítulo-, cabe afirmar que la institución del matrimonio civil no ha permanecido indemne al paso del tiempo sino que ha sufrido una serie de transformaciones desde su instauración, por lo que sería posible modificarla para adecuarla a las nuevas necesidades sociales, en el sentido de permitir a parejas del mismo sexo acceder a ella, con todos los derechos y responsabilidades que conlleva.

Por otra parte, hemos llegado a la convicción de que, si bien en Chile las conductas homosexuales entre personas adultas dejaron de ser consideradas delito en 1999, se continúa discriminando en una serie de ámbitos a las personas y grupos LGBT por el sólo hecho de no adscribir a la moral imperante, impuesta en su mayoría por hombres heterosexuales. Lo más grave es que dicha discriminación ocurre en ámbitos muy relevantes del desarrollo de la persona, comúnmente asociados a los derechos fundamentales, como son las acontecidas en lugares de trabajo, el interior de las familias, establecimientos educacionales o medios de comunicación masivos, entre otros.

También observamos una discriminación institucional efectuada por parte de algunos servicios del Estado. Dentro de estos casos, el más destacado a nivel jurisprudencial y social, ha sido el de la jueza Karen Atala, quien fue privada por la Corte Suprema de Chile del cuidado personal de sus tres hijas por el hecho de mantener una relación de convivencia con una persona de su mismo sexo. Nuestro máximo tribunal estimó que la convivencia de la Sra. Atala con su pareja mujer en el hogar que compartía con sus hijas era perjudicial para estas últimas, haciendo valer sus propios prejuicios incluso en contra de diversos informes que señalaban que la Sra. Atala era plenamente apta para cuidar de sus hijas. Karen Atala recurrió al sistema interamericano de protección y la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en un fallo inédito- determinó que la condición de homosexual o lesbiana no es importante para que un padre o madre pueda estar a cargo de la educación y cuidado de sus hijos.

Creemos necesario también que, para avanzar en equiparar los estatutos regulatorios tanto de personas heterosexuales como de homosexuales, se debe igualar la edad de consentimiento sexual en Chile, toda vez que se envía una equívoca señal a la sociedad, en el sentido de considerar que las relaciones sexuales plenamente consentidas entre hombres menoscaban a uno de los sujetos involucrados que sea menor de 18 años. También consideramos que es necesario derogar el artículo 373 del Código Penal chileno, puesto que dicha

norma se ha prestado en un sinnúmero de ocasiones para detener a parejas homosexuales por –supuestamente- ofensas al pudor, quedando a discreción del oficial que practica la detención determinar cuál es la actitud que cae dentro del tipo penal respectivo.

En lo que respecta a la existencia de una ley antidiscriminación, si bien la promulgación de la ley 20.609 constituye un importante avance en estas materias, creemos que las sucesivas mermas que dicha ley sufrió en su tramitación, en comparación al proyecto original, no hacen sino restarle eficacia en el combate contra la discriminación en Chile, particularmente en el sentido que la ley declara que no se entenderá que deroga otras disposiciones de nuestro ordenamiento legal, en circunstancias que normalmente el llamado a zanjar dicho conflicto legal es el Juez, determinando cuándo una norma posterior deroga a otra anterior.

En el capítulo tercero observamos cómo en diversos países con realidades muy diversas pudo instaurarse un estatuto más favorable para las personas y grupos LGBT a través de diversas vías. A raíz de lo anterior llegamos a la convicción de que la mejor solución para equiparar en cuanto a derechos a las personas LGBT con sus connacionales heterosexuales, consiste en permitirles contraer matrimonio, toda vez que el poder acceder a dicha institución constituye un anhelo para muchos, por ser la vía socialmente

reconocida y valorada para expresar el profundo y duradero amor entre dos personas, asegurar la protección y beneficios sociales que este vínculo brinda y, quizás lo más importante, asegurarse que la relación familiar establecida no pueda ser ni social ni legalmente menospreciada. Por lo tanto consideramos que, el negarles tal posibilidad constituye una ofensa a la dignidad de todas las personas LGBT.

Por otro lado, si bien admitimos que constituye un avance en la materia, el hecho que se le otorguen derechos a parejas homosexuales a través de la creación de uniones civiles u otras asociaciones afectivas reconocidas por el Estado, creemos que el hecho de mantener la institución del matrimonio como exclusiva para parejas heterosexuales constituye una discriminación hacia las primeras que no hace más que perpetuar una serie de prejuicios que una parte importante de la sociedad sigue teniendo en contra de las personas homosexuales, además de generar la sensación de que estos últimos son considerados por el Estado como ciudadanos de segunda categoría al ser tratados por la ley en condiciones menos favorables que sus pares heterosexuales, quienes pueden acceder a todos los derechos y responsabilidades del matrimonio, y no sólo a algunos de ellos.

Del último capítulo de la presente memoria pudimos deducir que, en Chile, las parejas homosexuales se encuentran en desventaja al compararlas

con las parejas heterosexuales frente a una serie de situaciones que se plantean durante la duración de una relación afectiva reconocida por el Estado, sea en la forma de unión civil o matrimonial, aunque especialmente esta última. Ejemplos de lo anterior son el hecho de no poder ser considerada una persona como carga de salud de su pareja cuando éstas son del mismo sexo o la incapacidad de la pareja homosexual sobreviviente para heredar los bienes del causante, entre otros.

En suma, es el Derecho el llamado a resolver los conflictos que se van presentado dentro del sistema social, y debe ser a la vez un factor de cambio de éste, aunque sea tardíamente, como ocurrió con el divorcio vincular en nuestro país. En este sentido, consideramos que el proyecto de ley presentado por el Gobierno del Presidente Piñera, conocido como “Acuerdo de Vida en Pareja”, viene a solucionar algunas de las situaciones desventajosas en la que se encuentran las parejas de hecho -de distinto o del mismo sexo-, en comparación con las parejas heterosexuales unidas bajo la institución del matrimonio civil-. Sin embargo, no aprobamos el hecho de que se siga prohibiendo el acceso a esta institución a parejas gays, toda vez que se les priva de una serie de derechos reservados sólo a los cónyuges reconocidos por el Estado, tal como se describió a lo largo del presente estudio.

Con todo, no nos parece necesario como requisito *sine qua non* una reforma legal para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile, toda vez que existen una serie de disposiciones consagradas a nivel constitucional que, una vez aplicadas y correctamente interpretadas, permitirían derogar aquellas normas que atentan en contra del principio de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, considerando el panorama político actual, la posibilidad de la modificación legal explicada en el párrafo anterior, en el futuro previsible, es escasa. Esto se debe, en gran medida, al hecho de que el Tribunal Constitucional – que podría haber derogado tales normas mediante una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o derechamente mediante una declaración de inconstitucionalidad – no es un Tribunal completamente independiente de los poderes del Estado. Más aún, la mayoría de sus integrantes representan a sectores políticos en los que la discusión respecto del asunto de esta memoria de título no se ha zanjado aún en favor de los derechos de las minorías sexuales.

En el mismo orden de ideas creemos que, el empleo de la categoría de orientación sexual o de identidad de género -como criterios para hacer diferenciaciones legales en nuestro país- constituye una discriminación por una categoría sospechosa, es decir, una categoría que, a simple vista, cuenta con

una presunción de ilegitimidad y que invierte la carga justificatoria, recayendo la obligación de demostrar las razones que conducen a acudir a dicha clasificación para establecer una distinción legal en el Estado. Sin embargo, en Chile no se han dado suficientes razones de peso que permitan justificar el porqué se diferencia a las parejas homosexuales de las heterosexuales, toda vez que – respecto de las uniones heterosexuales y homosexuales- estamos frente a una situación en que dos personas adultas, con pleno consentimiento y capacidad, quieren formar una comunidad de vida protegida por el Estado.

Por otro lado, a lo largo del presente estudio, no vimos en qué sentido se podría afectar a personas y parejas heterosexuales el permitirles a parejas homosexuales acceder a la institución del matrimonio civil, como lo ha sostenido un sinnúmero de detractores de esta iniciativa, toda vez que se ampliarían los derechos de un grupo sin ir en desmedro del otro. El concepto de familia hoy en día es dinámico, existiendo diversas formas de vivir como tal. Es así como creemos que el hecho que algunos ciudadanos consideren un proyecto de vida como indeseable o incluso molesto a sus convicciones más íntimas, no constituye razón alguna para privar de derechos a un determinado grupo de la población, toda vez que el artículo primero de la Constitución y los diversos tratados internacionales llaman a proteger a la familia, sin distinguir si se trata de una familia heterosexual o algún otro tipo de unión.

Por último, llegamos a la convicción de que el prohibir a personas o parejas homosexuales la adopción de menores *ipso jure* constituye una violación del principio de igualdad debido a que se les niega de una experiencia vital para el desarrollo de la vida humana, como es la crianza de niños. Consideramos que, al igual que en el caso de adopción por personas heterosexuales, debería aplicarse a quienes postulan a la adopción de menores un minucioso examen de idoneidad caso a caso para determinar si los postulantes son aptos o no para criar niños, siempre tomando en cuenta el interés superior del menor.

Actualmente este polémico tema se encuentra lejos de ser zanjado en uno u otro sentido. Son diversos los países, incluyendo Chile, en los que se discute abiertamente la posibilidad de abrir el matrimonio a parejas que históricamente han sido excluidas de él. Sin embargo, dicha posibilidad se enfrenta, a una férrea oposición de quienes sostienen que el matrimonio debe seguir siendo entre un hombre y una mujer.

Ninguna batalla por la justicia se ha ganado o perdido en un día, por la decisión de un solo hombre, por una decisión judicial o por obra del acaso. La lucha por ganar más y mejores derechos a favor de minorías oprimidas debe ser constante, sin claudicar y con la convicción de que se busca lo correcto.

Chile está cambiado y confiamos que las minorías sexuales tendrán dentro del país un espacio digno e igualitario.

Bibliografía

Libros:

1. ACCION FAMILIA. 2004. En defensa de una ley superior. ¿Por qué debemos oponernos al pseudo “matrimonio” y Movimiento Homosexual? Colección Acción Familia. Chile. 259 p.
2. AZUERO QUIJANO, Alejandra y ALBARRACIN CABALLERO, Mauricio. 2009. Activismo Judicial y Derechos de los LGTB en Colombia, Sentencias Emblemáticas. Colección Democracia y Cultura. Bogotá, Colombia.
3. BOSWELL, John. 1980. *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality*. Londres. The University of Chicago Press. 442 p.
4. CALIMACH, Andrew. 2002. *Lover's Legends: The Gay Greek Myths*. Nueva York. Haiduk Press. 179 p.
5. CASTAÑEDA, Marina. 2004. La Experiencia Homosexual. Para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera. 2º Ed. México D.F. Paidós. 247 p.
6. CONTARDO, Oscar. 2011. RARO: Una historia gay de Chile. Santiago. Editorial Planeta. 404 p.
7. DEL PICÓ RUBIO, Jorge. 2010. Derecho Matrimonial Chileno. Santiago. Editorial Legal Publishing. 459 p.

8. DOVER, K J. 2008. Traducción por MARTOS MONTIEL, Juan Francisco y LOPEZ CRUCES, Juan Luis. Homosexualidad Griega. Barcelona. El Cobre Ediciones. 390 p.
9. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2004. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2004. Santiago. 318 p.
10. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2005. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2005. Santiago. 480 p.
11. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2006. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006. Santiago. 478 p.
12. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2007. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007. Santiago. 427 p.
13. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2008. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008. Santiago. 580 p.
14. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2009. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009. Santiago. 479 p.
15. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2010. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2010. Santiago. 476 p.
16. FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES. 2011. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2011. Santiago. 283 p.
17. FOUCAULT, Michel. 2005. Historia de la sexualidad. 14^a ed. México D.F. Siglo XXI Editores. 214 p.

18. HAYS-GILPIN, Kelley A. 2004. *Ambiguous Images, Gender And Rock Art*. California, AltaMira Press. 249 p.
19. HERNANDEZ PAULSEN, Gabriel. 2009. Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo: análisis a partir de la teoría del estado democrático de derecho. Santiago. Editorial Arcis. 217 p.
20. GORDON BARRIENTOS, Javier. 2009. De las Uniones de hecho: legislación, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile. Editorial Legal Publishing Chile. 151 p.
21. ROUDINESCO, Élisabeth. 2010. La Familia en Desorden. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. 215 p.

Tesis:

1. PHILLIPS MÜLLER, Leonardo. 1937. Homosexualidad, estudio médico-legal y social de la inversión. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 259 p.
2. TORRES HIDALGO, María esther. 2008. Uniones de hecho entre personas del mismo sexo : regulación jurídica. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 186 p

Revistas:

1. CORRAL Talciano, Hernán. Familia sin matrimonio. ¿Modelo alternativo o contradicción excluyente?.1994. Revista Chilena de Derecho, Vol. N°2. Pp. 259-272.
2. HERRERA PEREZ, Gerardo A. 2011. Treinta Años de Tejerse El Movimiento Homosexual en Michoacán. Revista Derecho, Bioética y Nuevas Tecnologías. Volumen Especial. Artículo II.

Seminarios:

1. GARDUÑO, Patricia. 2005. Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de equidad de género, en Seminario “Reformas Constitucionales y Equidad de Género” febrero 2005. Disponible en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/9/25599/lcl2489e.pdf> [consulta: febrero 2012]. 359 p.

Artículos:

1. BONILLA, Daniel. 2010. Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. En Anuario de Derechos

Humanos N°6. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Pp. 183-200.

2. CORRAL TALCIANO, Hernán; JIMENEZ, Rolando; RODRIGUEZ, Marcela. Simposio: Matrimonio entre parejas del mismo sexo. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios/anuario2011.tpl> . [consulta: abril 2012].

3. DULITZKY, Ariel F. 2007. El principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana. En Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago, Chile. Pp. 15-32.

Leyes:

1. ARGENTINA. Código Civil Argentino

2. ARGENTINA. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Disponible en http://www.buenosaires.gov.ar/areas/com_social/constitucion/completa.php?menu_id=11172#b.

3. CANADA. Bill 38 *Civil Marriage Act*. Febrero 2005. Disponible en http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1 [consulta: febrero 2012].

4. CANADA. The Constitution Act. 1982. *Canadian Charter Of Rights And Freedoms*. Disponible en <http://laws.justice.gc.ca/eng/charter/page> [consulta: febrero 2012].
5. CHILE. Código Civil Chileno.
6. CHILE. Constitución Política de la República de Chile.
7. CHILE. Ministerio de Justicia. 2004. Ley N° 19.947 Que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil. Mayo 2004.
8. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N° 20.609 Que Establece Medidas Contra la Discriminación. Julio 2012.
9. ESPAÑA. Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disponible en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/l13-05.htm>, [consulta: marzo 2012].
10. ESPAÑA. Constitución Española de 1978. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#a32 [consulta: marzo 2012].
11. ESTADOS UNIDOS. *Defense Of Marriage Act*. Septiembre 1996. Disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ199/pdf/PLAW-104publ199.pdf> [consulta: febrero 2012].
12. ESTADOS UNIDOS. The Constitution of the United States of America. Disponible en <http://www.law.cornell.edu/constitution/> [consulta: marzo 2012].

13. ESTADOS UNIDOS, ESTADO DE CALIFORNIA. California Constitution. Disponible en <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/waisgate?waisdocid=83526714515+1+0+0&waisaction> [consulta: marzo 2012].

14. HOLANDA. Government of the Netherlands, Ministry of Justice and Security. 2001. Same-sex Marriage. Disponible en <http://www.government.nl/issues/family-law/same-sex-marriage>. [Consulta: marzo 2012]

15. HOLANDA. Government of the Netherlands, Ministry of Security and Justice. Marriage, registered partnership and cohabitation agreements. Disponible en <http://www.government.nl/issues/family-law/marriage-registered-partnership-and-cohabitation-agreements>. [consulta: marzo 2012].

16. SUDAFRICA. Constitución Sudafricana. Disponible en <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm>. [consulta: abril 2012].

17. SUDAFRICA. Civil Union Act. 30 de noviembre de 2006. Disponible en <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=67843>. [consulta: marzo de 2012].

Proyectos de Ley:

1. CHILE. Proyecto de Ley que crea el contrato denominado “Acuerdo de Vida en Común”. Boletín N°7.011-07. Presentado en SENADO junio 2010.
2. CHILE. Proyecto de ley sobre el contrato de matrimonio entre personas del mismo sexo. Boletín N° 7.099-07. Presentado en Cámara de Diputados agosto 2010.
3. CHILE. Proyecto de ley que deroga el Artículo 373 del Código Penal. Boletín N° 5565-07. Presentado en Cámara de Diputados diciembre 2007.
4. CHILE. Proyecto de ley que introduce modificaciones a la ley N° 4.808, sobre Registro Civil e Identificación, permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo. Boletín N° 5679-18. Presentado en Cámara de Diputados enero 2008.
5. CHILE. Mensaje N° 315-352. Proyecto de Ley que Establece Medidas Contra la Discriminación. Boletín 3815-07. Ingresado en Cámara de Diputados marzo 2005 y actualmente convertido en Ley N° 20.609.
6. CHILE. Proyecto de Ley que Regula la Figura Contractual denominada Acuerdo de Vida en Común. Presentado por el entonces Senador Andrés Allamand. Boletín 7.011 – 07. Presentado en el Senado junio 2010.
7. CHILE. Proyecto de Ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja. Boletín 7873-07. Ingresado en Cámara de Diputados agosto 2011.

8. CHILE. Proyecto de Ley que Establece ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos. Boletín 2608-11. Ingresado en Cámara de Diputados octubre 2000.

Tratados Internacionales:

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
3. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)
4. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
6. Declaración Universal de Derechos Humanos.
7. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Sentencias:

1. Sentencia Rol 238-2007 Corte de San Miguel. Recurso de protección caratulado SANDRA CECILIA PAVEZ PAVEZY Y OTROS CONTRA RENE AGUILERA COLINIER. 27 de noviembre de 2007.

2. Sentencia Rol 1683-10 Tribunal Constitucional Chileno. Caratulado ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE JORGE WASHINGTON SEPULVEDA ALVAREZ RESPECTO DEL ARTICULO 365 DEL CODIGO PENAL, EN LOS AUTOS RUC 0800242317 – 1, RIT 1287 – 2008 SUSTANCIADOS ANTE EL JUZGADO DE GARANTIA DE CAÑETE. 04 de enero de 2011.

3. Sentencia Rol 1881-10. Tribunal Constitucional Chileno. Caratulado REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO RESPECTO DEL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL, EN LOS AUTOS ROL N° 6787-2010, SOBRE RECURSO DE PROTECCIÓN INTERPUESTO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO EN CONTRA DE OFICIAL DE REGISTRO CIVIL. 03 de noviembre de 2011.

4. Sentencia dictada por Viviana Cárdenas Beltrán, Jueza Subrogante, Juzgado de Letras de Villarrica. Causa sobre tuición caratulada LOPEZ CON ATALA.. 29 de octubre de 2003.

5. Sentencia Rol 1193-2004 Corte Suprema de Chile. Recurso de Queja caratulado LOPEZ ATALA MATILDE Y OTROS. 31 de mayo de 2004.

6. Sentencia caso ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de febrero de 2012. Disponible en

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. [consulta: marzo 2012].

7. Sentencia caso LAWRENCE VS. TEXAS. Corte Suprema de Estados Unidos. 539 U.S. 558 (2003). Disponible en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html> [consulta: marzo 2012].

8. Sentencia caso HILLARY GOODRIDGE & OTHERS V. DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH & ANOTHER. Corte Suprema de Massachusetts. 04 de marzo de 2003. Disponible en http://www.boston.com/news/daily/18/sjc_gaymarriage_decision.pdf. [consulta: marzo 2012].

9. Sentencia caso IN RE MARRIAGE CASES. Corte Suprema de California. Mayo 2008. Disponible en http://www.aclunc.org/cases/landmark_cases/in_re_marriage_cases.shtml [consulta: marzo 2012].

10. Sentencia caso PERRY V. SCHWARZENEGGER. The United States District Court For The Northern District Of California. Disponible en <http://es.scribd.com/goodasyou/d/35374462-California-Prop-8-Ruling-August-2010>. [consulta: marzo 2012].

11. Sentencia caso HALPERN V. CANADA. Corte de Apelaciones de Ontario. Abril 2003. Disponible en

<http://www.ontariocourts.ca/decisions/2003/june/halpernC39172.htm> [consulta: marzo 2012].

12. Sentencia caso FOURIE AND ANOTHER VS. MINISTER OF HOME AFFAIRS AND ANOTHER. Corte Constitucional de Sudáfrica. Sentencia de Fecha 01 de Diciembre de 2005. Disponible en <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2005/19> [consulta: marzo 2012].

13. Sentencia C-075/07. Corte Constitucional de Colombia. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm> [consulta: abril 2012].

14. Sentencia C-029/2009. Corte Constitucional de Colombia. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm> [consulta: junio 2012].

15. Sentencia caso FREYRE ALEJANDRO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA). Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Noviembre 2009. Expediente: EXP 34292/0.

16. Sentencia SU-642-199. Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/SU642-98.htm>. [consulta: junio 2012].

Artículos Electrónicos:

1. 146th GENERAL ASSEMBLY. *An Act to Amend Title 13 of the Delaware Code Relating to Civil Unions*. Disponible en <http://legis.delaware.gov/LIS/LIS146.NSF/vwlegislation/916160214DBB1927852578540067CE78> [consulta: febrero 2012].

2. BONAUTO, Mary L. Goodridge in Context. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 40. Disponible en http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol40_1/bonauto.pdf

3. BRUCE-JONES, Eddie y PAOLI ITABORAH, Lucas. 2011. Homofobia de Estado: Un informe mundial sobre las leyes que criminalizan la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas del mismo sexo. ILGA. Disponible en http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_Estado_2011.pdf [consulta: febrero 2012].

4. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 139/09 (fondo), Caso 12.502, Karen Atala e hijas. 18 de diciembre de 2009.

5. COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre Violaciones a los Derechos Humanos y Delitos Cometidos por Homofobia. Disponible en http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/2010_homofobia.pdf . 14 p. [consulta: marzo 2012].

6. Commonwealth Of Massachusetts, demanda presentada por Hillary Goodridge et all, contra el Departamento de Salud de Massachusetts.

Disponible en <http://www.glad.org/uploads/docs/cases/goodridge-et-al-v-dept-public-health/2001-04-11-goodridge-complaint.PDF> [consulta: marzo 2012].

7. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISIÓN. Acta de la Sesión Ordinaria del Día 16 de Mayo de 2011. Disponible en http://www.cntv.cl/acta-de-la-sesion-ordinaria-del-cntv-del-16-de-mayo-de-2011/prontus_cntv/2011-05-30/164420.html. [consulta: marzo 2012].

8. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf . [consulta: marzo 2012].

9. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resumen Oficial de la Sentencia de 24 de febrero de 2012 en caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/resumen_239_esp.pdf. [consulta: marzo de 2012].

10. Decreto 2996/09 de la Provincia de Tierra del Fuego, Argentina, sobre casamiento Freyre - Di Bello emitido por la gobernadora de la provincia de Tierra del Fuego Fabiana Ríos, Disponible <http://seminariosdiversidad.blogspot.com/2010/01/decreto-299609-de-la-provincia-de.html>, [consulta: marzo 2012].

11. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile, caso 12.502. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf> [Consulta: marzo 2012].

12. EUROPEAN AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. 2011. Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States. Disponible en http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf . 28 p. [consulta: marzo 2012]

13. GLBTQ.com. 2004. An Encyclopedia Of Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender and Queer culture. Disponible en http://www.glbtq.com/social-sciences/hirschfeld_m.html [consulta: febrero 2012].

14. GRACE, André P. Lesbian, Gay, Bisexual, and Trans-identified (LGBT) Teachers and Students and the Post-Charter Quest for Ethical and Just Treatment in Canadian Schools. Conferencia “Building Inclusive Schools: A Search for Solutions”. Federación de Profesores de Canadá en Ottawa, Ontario, 17 a 19 de noviembre de 2005. Disponible en <http://www.teachers.ab.ca.aspx>. [consulta: abril 2012].

15. HUMAN RIGHTS WATCH. 2010. Policing Morality Abuses in the Application of Sharia in Aceh, Indonesia. Disponible en <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/indonesia1210WebVersionToPost.pdf>. Pp. 11-14. [consulta: febrero 2012].

16.HUMPHREYS, Jaqueline. The Civil Partnership Act 2004, Same-sex Marriage and the Church of England. Ecclesiastical Law Journal. The Ecclesiastical Law Society. enero 2006. Disponible en <http://www.sarmiento.plus.com/cofe/humphreys.html>. [consulta: abril de 2012].

17.HURLEY, Mary C. Sexual Orientation and Legal Rights. Law and Government Division. Canada. Septiembre 2003. Disponible en <http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/921-e.htm> [consulta: marzo 2012].

18.Informe N° 42/08 de Admisibilidad, Petición 1271-04 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Chile12502.sp.htm>. [consulta: marzo 2012).

19.Judgments of the Supreme Court of Canada. "Reference re Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698 ". Diciembre 2004. Disponible en <http://scc.lexum.org/en/2004/2004scc79/2004scc79.html> [consulta: marzo 2012].

20.Justice Quebec. Summary of the Québec Court of Appeal decision. Marzo 2004. Disponible en <http://www.justice.gouv.qc.ca/english/ministere/dossiers/mariage/resume-a.htm>

21.MERCOSUR. 2007. Declaración del Mercado Común Del Sur. Disponible en <http://www.unsam.edu.ar/escuelas/humanidades/centros/cedehu/material.pdf>. [consulta: febrero 2012].

22.MOVILH. 2007. VI Informe Anual. Derechos Humanos. Minorías sexuales chilenas. Hechos 2007. Disponible en <http://www.movilh.cl/documentos/VI-INFORMEANUAL-ddhh-2007.pdf> . 201 p. [consulta: marzo 2012].

23.NATIONAL COALITION OF ANTI VIOLENCE PROGRAMS. Hate Violence Against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer and HIV-Affected Communities in the United States in 2010. Disponible en <http://www.avp.org/documents/NCAVPHateViolenceReport2011Finaledjlfinaledits.pdf> [consulta: marzo 2012].

24.ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 2008. Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. AG/RES. 2435 (XXXVIII-0/08) en http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf. [consulta: febrero 2012].

25.OTTOSON, Daniel, ILGA: The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans And Intersex Association. 2010. State-sponsored Homophobia: A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults. Disponible en http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2010.pdf. [consulta: febrero 2012].

26.PARTIDO POPULAR ESPAÑOL. Recurso de Inconstitucionalidad número 6864-2005 presentados por los diputados del Partido Popular en contra de la ley 13/2005 española. Disponible en <http://www.hazteoir.org/documentos/recursopp.htm>. [consulta: marzo 2012].

27. PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. Programa Electoral del PSOE para las elecciones del 14 de marzo de 2004. Disponible en http://www.cadenaser.com/comunes/2004/elecciones2004/programas/psoe_programa.pdf. [consulta: marzo 2012].

28. PATON, W. R. 1922. Polybius. Boston, Harvard University Press, disponible en http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Polybius/6*.html [consulta: febrero 2012].

29. PICKETT, Brent. 2011. Homosexuality. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Spring 2011 Edition. Edward N. Zalta. Disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/homosexuality> [consulta: febrero 2012].

30. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Principios de Yogyakarta. Noviembre 2006. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf. [consulta: abril 2011].

31. Proyecto de Ley de Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo Argentina. Disponible en <http://seminariosdiversidad.blogspot.com/2009/11/proyecto-de-ley-matrimonio-lgbt-1854-d.html>. [consulta: marzo de 2012].

32.RIVERA, Andrés. Informe sobre Chile – Violación a los DDHH de personas transexuales. Quinta ronda del Examen Periódico Universal, enviado a la OEA para su consideración y que trata en especial de los derechos de las personas transexuales. Disponible en www.hombrestransdechile.cl. [consulta: marzo 2012].

33.UNITED STATES MEMORIAL MUSEUM. Gays and Lesbians. Introduction. Disponible en <http://www.ushmm.org/research/library/bibliography/index.php?content=gays#top> [consulta: marzo 2012].

34.UNIVERSITEIT LEIDEN. The Netherlands. Text of Dutch Law on the opening up of marriage for same-sex partners (plus explanatory memorandum). Traducido por WAALDIJK, Kees. Mayo 2001. Disponible en <http://media.leidenuniv.nl/legacy/Translation.pdf>. [consulta: marzo 2012].

35.VAN HOUTEN, Douwe. 2007. Equality and Diversity in the Dutch Welfare State. Social Work and Society International Online Journal. University of Humanistics Utrecht. The Netherlands. Vol 5, N°2. Disponible en GLAD. Gay And Lesbian Advocates & Defenders. Our Mission. Disponible en <http://www.glad.org/about/mission> [consulta: marzo 2012].