



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Sebastián Becker Castellaro

Profesor(a) Guía: María Paz Gatica Rodríguez

Santiago, Chile

2014

«Creo en la libertad, pero no creo en la libertad de algunas desviaciones patológicas de la sexualidad normal. Yo me preocupo de la familia, la mujer, los hijos y que no se propague el sida».

- Dip. María Angélica Cristi, durante debate de despenalización de la sodomía.

RESUMEN

La presente tesis intenta realizar una defensa dogmática y normativa del matrimonio entre personas del mismo sexo a través de una interpretación sistemática de la Constitución política de la República. El primer capítulo defiende que el matrimonio igualitario debiese ser orientado a las personas, el segundo capítulo plantea que el matrimonio igualitario se condice con la familia que protege nuestra Constitución y el tercer capítulo señala una crítica a la actual regulación del matrimonio en el Código Civil con una conclusión clara: sí es posible entender el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento jurídico.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	8
CAPÍTULO. I PERSONAS	
1.1 Introducción al concepto de libertad.....	13
1.2 El concepto de libertad.....	15
1.2.1 La libertad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.....	20
1.2.1.1 El libre desarrollo de la personalidad.....	21
1.2.1.2 La libertad en las actas oficiales de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución	27
1.3 Conclusión sobre el concepto de libertad.....	29
2 Igualdad.....	31
2.1 Igualdad: ¿de qué estamos hablando?.....	34
2.2 La teoría de la Justicia de Rawls.....	37
2.2.1 Aplicación al principio de igualdad a través de una noción pura de justicia procesal.....	41
2.3 El principio de la igualdad en los ordenamientos jurídicos.....	42
2.3.1 Aplicación jurídica del principio de igualdad.....	45

2.3.2	El principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico.....	51
2.3.2.1	La igualdad en dignidad y derecho.....	51
2.3.2.2	Igualdad ante la ley	53
2.3.2.3	Criterios para definir una discriminación arbitraria en nuestro ordenamiento jurídico.....	56
2.4	Conclusiones sobre la igualdad.....	59
3	Constitucionalismo.....	63
3.1	Los derechos fundamentales como criterio de legitimidad en un Estado de Derecho democrático.....	63
3.1.1	La legitimidad basada en Derechos fundamentales.....	63
3.2	Constitucionalismo.....	68
4	Conclusión.....	72
 CAPÍTULO II FAMILIA		
1	Introducción al concepto familia.....	79
2	Concepto familia.....	80
2.1	Familia desde la etimología.....	83
2.2	Breve análisis histórico del concepto familia.....	84

2.3 Clasificación de las familias.....	92
3 Concepto jurídico de familia.....	106
3.1 Familia en la doctrina.....	108
3.1.1 Sergio Diez Urzúa.....	108
3.1.2 José Luis Cea Egaña.....	111
3.1.3 Alejandro Silva Bascuñán.....	113
3.1.4 Hernán Corral Talciani.....	114
3.2 La doctrina a favor de una posición amplia de familia.....	117
3.3 La familia en nuestro ordenamiento jurídico.....	123
3.3.1 Actas oficiales de la comisión constituyente. El concepto de familia...126	
3.3.2 El concepto de familia en la jurisprudencia.....	132
3.3.2.1 Tribunal Constitucional.....	134
4 Conclusión sobre el concepto de familia.....	142
 CAPITULO III MATRIMONIO	
1 Introducción histórica al matrimonio	146
2 Panorama general del matrimonio en Chile.....	150

3	Análisis desde una perspectiva constitucional de la naturaleza jurídica del matrimonio civil chileno.....	157
3.1	<i>Ius Conubii</i>	158
3.2	La naturaleza del matrimonio: entre un hombre y una mujer.....	165
3.2.1	Matrimonio como una palabra inmutable que aprehende el concepto de hombre y mujer.....	172
3.2.2	El matrimonio es entre un hombre y una mujer por su finalidad, la procreación.....	174
3.3	Respuesta, a la luz de los principios constitucionales, a la negación de los homosexuales a poder contraer matrimonio.....	179
4	Conclusión.....	188
	CONCLUSIÓN.....	192

INTRODUCCIÓN

Dentro de los últimos años hemos visto una explosión social en torno a las vindicaciones de las minorías sexuales en el mundo. Tanto en América Latina (Argentina, Uruguay y muy recientemente Brasil) como en Europa (Holanda, España, Francia, Suecia, etc.) el matrimonio entre personas del mismo sexo es una realidad, por lo que cabe preguntarse: ¿cuál es nuestro escenario jurídico al respecto?; ¿es posible consagrar un matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro Estado de Derecho chileno? Y, en caso que la respuesta sea negativa, ¿qué clases de obstáculos jurídicos existirían para impedir aquella institución?

Nuestro contexto político-social, sin embargo, se encuentra varios pasos atrás de nuestros pares latinoamericanos, o bien, de Hawaii, Nueva York o Francia: recién existe un proyecto (con reales posibilidades de ser aprobado, es decir, con atisbos de suficiente voluntad política) sobre un acuerdo de vida en pareja para regular aspectos patrimoniales básicos en todas las parejas de hecho que existen en Chile. La cuestión es que, si recién estamos discutiendo que las parejas de hecho deben regularse, un matrimonio entre personas del mismo sexo deberá esperar varios años más. Entonces, este es el motivo de esta memoria: buscar que, cuando llegue el momento de discutir en nuestro país el matrimonio entre personas del mismo sexo, exista consenso en la

academia sobre su aprobación y exista, además, todo el soporte dogmático jurídico para que sea una realidad.

En Chile existen ciertos avances en torno a la inclusión de las minorías, pero no es suficiente. Recién en 2012 se aprobó la ley antidiscriminación que no ha podido, aún, torcer la inercia homofóbica y conservadora en torno a las minorías sexuales. Hoy, 16 de mayo del 2013, no existe ningún amparo legal para las parejas del mismo sexo que existen en Chile (34.976 personas¹) y menos se respeta la igualdad en la capacidad jurídica que tienen todas las personas en un Estado de Derecho. Así, por ejemplo, quienes no pueden contraer matrimonio por su afinidad sexual no pueden regular entre sí aspectos como derecho sucesorio (más allá de la cuarta de libre disposición), alimentos (salvo la institución de los alimentos voluntarios), derecho a ser designado como tutor frente a una incapacidad sobreviniente, violencia intrafamiliar, el matrimonio como atenuante o agravante de la pena, etc. Es por ello lo relevante de este trabajo: se debe igualar el status jurídico de una persona homosexual a una heterosexual.

Con todo ello, el objetivo de la memoria es poder conciliar el matrimonio entre personas del mismo sexo con nuestros principios constitucionales y legales actuales. Es decir, la idea es poder llevar a cabo una defensa

¹ CENSO 2012, INE, Santiago de Chile, 2012. Tomo I cuadro 1.4: "Población de 15 o más, por Estado de Hecho, según región, sexo y grandes grupos de edad." p. 119 En la web: http://www.censo.cl/contenido/resultados_censo_2012_poblacion_vivienda_tomoslyll.pdf. (revisado: 16.04.13) Si bien son conocidas las objeciones a la precisión de dicho CENSO, es la información más reciente que tenemos disponible.

exhaustiva, desde la óptica de nuestra Constitución, del matrimonio entre personas del mismo sexo y llevar a cabo una sincronización entre esta institución y nuestro ordenamiento jurídico actual, además de poder dar a conocer los innumerables vicios constitucionales que nuestra regulación, en torno al matrimonio, hay. Por consiguiente la memoria tiene 3 objetivos puntuales:

- 1) Poder vislumbrar de qué manera la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo atenta contra la concepción política de persona en nuestra Constitución y por qué motivo, en aras de la persona, debe defenderse un matrimonio igualitario.
- 2) Concluir que desde un punto de vista de nuestra familia, como núcleo fundamental de la sociedad, no existe ningún impedimento jurídico para amparar un matrimonio entre personas del mismo sexo.
- 3) Observar las falencias de la regulación actual en torno al matrimonio y las falencias del argumento que cree inviable consagrar un matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile.

Así, cada uno de los puntos se analizará de manera separada en cada uno de los capítulos. Es por ello que la memoria se divide en tres capítulos: (1) personas, (2) familia y (3) matrimonio, para terminar con una conclusión general al respecto. El primer capítulo tratará de demostrar que, en base a los principios constitucionales actuales, no existe ningún impedimento para aprobar este

matrimonio, por lo que su contenido se referirá principalmente a un análisis de la libertad de las personas, la igualdad y el deber del Estado de velar por estos principios. Con esto presente, se podrá avanzar en el trabajo y conseguir que el lector se empape de doctrina constitucional necesaria para la interpretación correcta de toda la normativa en torno a la familia y el matrimonio. A continuación, el segundo capítulo analiza el concepto familia en todo nuestro ordenamiento jurídico, con una interpretación *pro homine*, que busca compatibilizar el matrimonio igualitario con el núcleo fundamental de la sociedad. Por último, el tercer capítulo, pretende enmarcar cada uno de los argumentos en contra y a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo para poder situar en qué puntos podemos afirmarnos y concretar un matrimonio igualitario; aquí la idea es poder interpretar correctamente la institución del matrimonio y ver de qué manera es posible un matrimonio entre personas del mismo sexo, basando el argumento en la pregunta sobre cómo es posible que existan personas, en un mismo Estado de Derecho, que no posean las mismas capacidades jurídicas que otras. Es decir, el argumento se tratará de modo al revés al convencional: se analiza por qué sería justificado (o no) penalizar a una persona restringiendo su capacidad jurídica, y no, como se suele decir, por qué sería necesario regular un matrimonio entre personas del mismo sexo. Con esto, quizás, podríamos entender la tendencia alrededor del mundo en torno al matrimonio: evitar una moralidad común y simplemente establecer cuáles

serían los elementos fuera de la diversidad familiar, maximizando las opciones individuales y evitando valoraciones que perjudiquen la libertad individual.

CAPÍTULO I.- PERSONAS

1) Libertad

1.1) Introducción sobre el concepto de libertad

En esta sección del trabajo se analiza uno de los temas más clásicos dentro de la filosofía política, en donde se puede observar infinita bibliografía relacionada con la libertad individual en una sociedad civil. Sin embargo, que el tema sea muy recurrente no hace perder la importancia del mismo dentro de la teoría constitucional. Aquí pretendo destacar la importancia de la libertad individual en un Estado de derecho democrático.

Antes que todo hay que dejar claro que la libertad no es un concepto neutro. La libertad a lo largo de la historia de la filosofía ha intentado conceptualizarse en múltiples facetas, teniendo como consecuencia distintas formas de Estados políticos y ordenamientos jurídicos. Al ser la libertad un concepto tan transversal dentro del conocimiento humano, cualquier forma de entenderla tendrá múltiples –y hasta impensadas- consecuencias en todos los ámbitos de desenvolvimiento humano. Es lo que señala Isaiah BERLIN en cuanto persuade a los filósofos a ser responsables de las ideas que elaboran, “porque cuando las ideas son descuidadas por los que debieran preocuparse de ellas – es decir, por los que han sido educados a pensar críticamente sobre ideas-, éstas adquieren a veces un carácter incontrolado y un poder irresistible sobre multitudes de seres humanos que pueden hacerse demasiado violentos para

ser afectados por la crítica de la razón²”. Al ser un concepto totalmente controversial, la libertad, será objeto de críticas y de formas distintas de interpretación.

La libertad para estos efectos se entenderá como negativa y se seguirá, principalmente, la tradición anglosajona. La idea de una libertad moderna, que ha sido el sustento dogmático para la liberación de pueblos en Occidente, pretende lograr una protección al individuo además de amparar una sociedad más plural y diversa. La libertad ahora utilizada pretende elaborar un marco teórico capaz de contener a la “humanidad” (que acá es entendida como la diversidad de la especie humana) que se erige dentro de los Estados políticos y ordenamientos jurídicos como un valor en sí mismo. Aquí, es obvio que existe un matiz deontológico -más que teleológico- por entender a los seres humanos dotados de razón, ergo de dignidad, por lo que la sujeción a sus decisiones será, *prima facie*, respetable. Es ése el motivo por el cual se hace tan importante y necesario responder la pregunta de por qué obedecer a otro, por qué no dejar que las personas puedan decidir por sí mismos. Ésa es la orientación de esta sección.

² BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad” En, Libertad y Necesidad en la historia (trad. De Julio Bayón). Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1981. p. 134.

1.2) El concepto de libertad

La libertad corresponde a un punto central dentro de los Estados democráticos de derecho; ha sido el valor fundamental para construir los ordenamientos jurídicos y objeto de lucha de múltiples generaciones que ven en este valor el acercamiento a una vida más humana y justa. Sin embargo su definición no es fácil. De hecho, por la complejidad de lograr una definición adecuada se ha introducido un concepto negativo: “el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de que ‘cuál es el ámbito en que al sujeto –persona o grupo de personas- se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas’³” o bien, “yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad⁴”. BERLIN ha seguido esta concepción anglosajona de libertad proveniente de HOBBS y su principio *libertas silentium legis*, que en su *Leviatán* la define como: “la ausencia de impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acudir con que su juicio y razón le dicten⁵”. En consecuencia, se hace necesario entender qué es coacción y cómo se restringe la libertad.

³ Ibid. p.136.

⁴ Ibid. p. 137.

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatán* (Trad. Manuel Sánchez Sarto), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1940. p. 106.

La coacción ocurre cuando las personas no son capaces de conseguir sus fines por la intromisión de una o unas personas. Es decir, la ley es una forma de coacción debido a que aquella sería la intromisión que el Estado ejerce sobre una persona para alcanzar su propia voluntad. Señala BERLIN: “La coacción implica la intervención deliberada de otros seres humanos dentro del ámbito en que yo podría actuar si no intervinieran. Sólo se carece de libertad política si algunos seres humanos le impiden a uno conseguir un fin. La mera incapacidad de conseguir un fin no es falta de libertad política. Esto se ha hecho ver por el uso de expresiones modernas como ‘libertad económica’ y su contrapartida ‘opresión económica’⁶”. La aclaración de que incapacidad no es lo mismo que coacción es categórica; no porque las personas no puedan ejercer su voluntad, a falta de posibilidades de lograrlo, se les coacciona; debe existir una voluntad deliberativa detrás de la intervención, una decisión.

Una precisión de BERLIN: las personas dentro de un Estado de Derecho no pueden ser libres de una manera absoluta debido a que aquello derivaría, en términos hobbesianos, en *bellum omnium contra omnes*, es decir, los hombres estarían sometidos a un estado de naturaleza en una guerra de todos contra todos. No podrían organizarse ni lograr éxito en sus propios intereses. Al ser la libertad un valor antropológicamente ilimitado, debe concentrarse en las personas siempre y no ser traspasado a la autoridad; por lo que será obligatorio situar un límite entre el ámbito público y privado.

⁶ BERLIN, Op. cit. p. 137.

Es la idea que John Stuart MILL señala como límite al poder del Estado frente al individuo. MILL ve con malos ojos que la sociedad en su conjunto pueda ser capaz de atropellar a las minorías por medio de las leyes o la “voluntad del pueblo”. O, como él la llama, la “tiranía de la mayoría⁷”. MILL establece un límite entre la sociedad y el individuo en cuanto “el único fin que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de ese individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente⁸”. Aquí MILL apela a la idea que la sociedad no tiene por qué involucrarse con la mente y cuerpo de las personas, salvo que afecte a terceros (principio del daño o *harm principle*), por lo que la esfera de acción del Estado es promover la individualidad de las personas. Sólo así existiría la viabilidad, dentro de una sociedad, de “buscar nuestro propio bien, por nuestro propio camino en tanto no privemos a los demás de sus bienes, o frenemos sus esfuerzos de obtenerlos⁹”.

¿Es la libertad el único bien que debemos proteger? En opinión de BERLIN, no. Si bien es cierto que la libertad es un bien preciado y propio para todos los hombres, ella debe ponderarse con el bien de la vida, la igualdad, la justicia, la equidad y, obviamente, la libertad de otros sujetos. La libertad debe

⁷ MILL, John Stuart. “Ensayo sobre la libertad”, Madrid, España, Mestas Ediciones, 2006. pp. 22-37.

⁸ Ibid. pp. 29-30.

⁹ Ibid. p. 34.

ser capaz de aumentarse lo máximo posible para ser capaces de vivir de una manera más humana y civilizada. Ello debido a que el aumento de la libertad en una sociedad justa quiere decir que, a pesar de que existan razones públicas para coaccionar la libertad, éstas no se aplican a nuestras deliberaciones y reflexiones personales sobre las cuestiones políticas. Es una autonomía que el Estado debe brindar a las personas para que ellos mismos resuelvan sus concepciones de bien y significados de vida, enmarcando la idea de tolerancia y pluralismo dentro de un Estado de Derecho democrático. Por ejemplo, RAWLS establece que deben compensarse los valores en la sociedad con la libertad; dice el autor, que “ninguna sociedad puede incluir todas las formas, todos los modos de vida. Podemos lamentar, ciertamente, el espacio limitado, por así decirlo, de los mundos sociales, y del nuestro en particular, y podemos lamentar alguno de los efectos inevitables de nuestra cultura y de nuestra estructura social¹⁰”. Así, RAWLS lamenta la posibilidad de no compatibilizar otras formas de vida dentro de un espacio político. Entonces, lo que debe establecerse claramente es que siempre que se coarte la libertad de las personas debe entenderse aquello: coacción de libertad y no mecanismos de salvación, entendimientos de la verdad u otra razón fuera de lugar. La coacción es coacción en pos de otros valores tan importantes como lo es la libertad.

Con ello claro entonces, la ley, por ejemplo, sí sería una forma de coacción, pues el Estado es la voluntad soberana –es decir, de la nación en su

¹⁰ BERLIN, Op. cit. p. 191.

conjunto- que se interpone entre la voluntad de las personas y sus acciones, por tanto, una declaración de ley será una forma de delimitación de la libertad a favor de otro valor importante para la sociedad.

El concepto negativo de libertad otorgaría al ordenamiento jurídico la regla general de la libertad (todo lo que no está prohibido, está permitido) y la consecución del pluralismo y la diversidad, fomentando el desarrollo de la individualidad en todos los ciudadanos de un Estado de Derecho. Es lo que John Stuart MILL pretende: que la individualidad de las personas no se vea coartada por la autoridad, por ello la pretensión del autor de generar un mínimo común, a todos los individuos de la sociedad civil, de intimidad; que nadie ni nada puede inmiscuirse en ella salvo en la medida en que las acciones personales afecten los intereses de otras personas o de la sociedad.

Como ya se dijo, la idea de libertad negativa tiene el defecto de no poder incluir todas las formas de realización de las personas en favor de otros valores para una sociedad. Ello quiere decir que ninguna fórmula sería la correcta para poder lograr el bienestar permanente, sino que siempre se deberá encontrar un orden adecuado para cada sociedad en virtud de los valores que ésta estime pertinentes. Como consecuencia de aquello, la idea de lograr, a través un ordenamiento ideal y jurídico, una sociedad perfecta parece imposible y falsa. Ello hace ver que la ley no es la encargada de poner el ideal moralmente correcto en los individuos sino más bien de generar espacios en que quepan

errores y tener concepciones de vida distintos, debido a que sólo con el pluralismo se puede entender a las personas como seres múltiples y diversos entre sí. La ley debiese comprender que las personas están en un constante desacuerdo unos con otros en virtud de los valores que cada persona considera correctos; por lo que la ley, más que imponer una concepción ideal (y única) de vida, debiese ser capaz de reunir la mayor cantidad de concepciones de vida dentro de una sociedad a través de legislación pro libertad.

Desde la libertad negativa se logra entender la concepción humana de la diversidad, “porque no priva a los hombres (en nombre de un ideal remoto o incoherente –como les privan los que construyen sistemas-) de mucho de lo que han visto que les es indispensable para su vida como seres humanos que se les transforman a sí mismos de manera imprevisible¹¹”. Las personas escogerían sus fines últimos según sus propias concepciones de vida y su propia forma de conseguir la felicidad. Por esto, una sociedad debe estar dispuesta a dejar espacio para que se logre aquello en virtud del respeto a la diversidad de concepciones y a favor del mejor desarrollo de sus individuos.

1.2.1) La libertad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Con la idea de libertad clara y la protección a la diversidad como elementos centrales en cualquier Estado de Derecho democrático, la idea de

¹¹ BERLIN, Isaiah. Op. cit. p. 182.

este acápite es preguntarse si es que a la luz de nuestra Constitución se incorpora este concepto de libertad negativa y, con ello, la defensa de la individualidad humana y la intimidad de las personas. Para ello se hace necesario revisar brevemente la normativa constitucional y qué era lo que pensaban los constituyentes a la hora de hablar de libertad.

1.2.1.1) El libre desarrollo de la personalidad

El concepto del libre desarrollo de la personalidad no está consagrado expresamente en nuestra Constitución como sí lo hacen otras Cartas Fundamentales¹². La única expresión al respecto la observamos en el artículo 19 n°10 de nuestra Constitución -a propósito del derecho a la educación- estableciendo que “tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”. Sin embargo, aquello no obsta para poder aprehenderla dentro de las directrices constitucionales que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

La libertad, como principio, es fundamental en cualquier ordenamiento jurídico y es por ello que se establece como la primera frase dentro de nuestra Carta Fundamental (“las personas nacen libres e iguales”), concretándose la libertad en diversas aristas, como son de movimiento, radicación, asociación,

¹² Véase Art. 16 (Constitución Política de Colombia 1991): “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”; o artículo 2 n°1 de la Ley Fundamental alemana: “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de la personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley oral”.

pensamiento, expresión, etc. Así el artículo 19 n°7 establece la garantía de libertad personal y seguridad, que, sin embargo, no se reduce a aspectos procesales penales sino más bien ofrece una protección –debido a su importancia- de toda la libertad en general. El profesor Teodoro RIBERA señala: “En tal sentido, el inciso segundo de este numeral [19n°7] comienza con la expresión: ‘En consecuencia’, por lo que debemos entender que la enumeración descrita es un derivado o efecto, meramente ejemplificador, del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, pero no se agota en ella”¹³. Así, la misma historia fidedigna lo señala en cuanto no era conveniente consagrar este derecho de forma expresa debido a que toda la Constitución propende al derecho del libre desarrollo de la personalidad¹⁴.

Frente a la idea de que toda la Constitución protege el libre desarrollo de la personalidad se encuentra también el artículo 19 n°4, en cuanto establece: “el respeto y protección a la vida privada [...] de la persona y su familia”, lo que debe concordarse con lo establecido en el artículo primero de la Constitución que establece que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Así, se demuestra toda una tradición orientada a la protección de la libertad en nuestra Constitución. Entonces, “para que el hombre sea efectivamente libre, sus determinaciones han de ser resultado de una decisión espontánea suya,

¹³ RIBERA NEUMANN, Teodoro. “El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución” En, ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, “Temas actuales de derecho constitucional libro homenaje a Mario Verdugo Marinkovic”, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2009. p. 249.

¹⁴ *Ibid.* p. 250.

que no sea consecuencia de una presión que sobre él se ejerce que perturbe su movimiento interior, dejando, en efecto, de ser libre si es apremiado por los demás y con mayor razón si sufre coacción del poder estatal”¹⁵. Es decir, el derecho a ser libre entiende a la persona como única capaz de poder resolver su construcción de identidad y de decisiones, lo que hace necesario establecer una esfera mínima que nadie tenga derecho a obstruir en virtud de valores “comunes” o “intereses de otras personas”. Por ello, para que la protección a la libertad en general y al libre desarrollo de la personalidad sea real, es necesaria, también, una protección a la intimidad.

Los artículos 1, 19 n°4, n°7, etc. se erigen entonces como una “inmunidad garantizada frente a interferencias ajenas y la libertad como posibilidad de actuación en el ámbito social”¹⁶ que responden a un bloque constitucional de carácter negativo que impide que el Estado pueda interferir en el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos, además de garantizar que aquello ocurra en virtud del principal objetivo del Estado que, según el artículo 1 inciso 4, es que el “Estado está al servicio de la persona humana (...)”. Esta concepción se ve también recogida por los diversos tratados de Derechos Humanos que ha suscrito Chile y se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de su artículo 5 inciso segundo.

¹⁵ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “Tratado de derecho constitucional tomo IV: La Constitución de 1980”. 2ª edición, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000. p. 15.

¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Instituciones políticas y teoría de la Constitución, volumen II”, Santiago de Chile, Editorial Universidad de Talca, 2001. p. 272.

En consecuencia, la protección del plan de vida personal en nuestro ordenamiento jurídico implica que sólo existen límites “no por la perturbación de la moralidad pública o por la no perturbación de la moral sustentada por un grupo social (aun cuando mayoritario), sino que por la no vulneración de los derechos fundamentales”¹⁷. Es lo que RAWLS señala en cuanto a que sólo podrá limitarse la libertad en virtud de la libertad misma para todo el sistema político de una sociedad: “el único fundamento para negar las libertades equitativas es evitar una injusticia mayor, una pérdida aún mayor de libertad”¹⁸. Y en nuestra Constitución aquello se protege de todas maneras a través de su artículo 19 n°26 en cuanto “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Por lo tanto, sólo se podrá vulnerar el derecho (constitucional) al libre desarrollo de la personalidad humana en virtud de valores igualmente poderosos, protegidos por la Constitución y siempre velando por que aquella formula establezca un sistema de libertades más justas para cada uno de sus ciudadanos, donde no se restrinja el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

¹⁷ HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. “Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo”, Santiago de Chile, Editorial ARCIS, 2009. p. 170.

¹⁸ RAWLS, John. “Teoría de la Justicia”, 2° edición, México D.F., Fondo de cultura económica, 2010. p. 204.

La protección de la libertad debe entenderse complementada con la protección de la diversidad de las personas: en la medida de que se proteja la libertad y la intimidad se protegerá la diversidad y viceversa. Por tanto, el objetivo de protección de la intimidad (personal y familiar) es mantener al margen al Estado de posibles atentados a la individualidad y libertad de las personas que afectarían inmediatamente la diversidad en la sociedad. Ante aquello, ¿podría ser entonces una vulneración a la libertad de desarrollo personal la no protección de una determinada forma de vida¹⁹? A mí entender sí, debido al deber que se auto-impone el Estado de garantizar la libertad de las personas y su desarrollo espiritual dentro del Estado de Derecho²⁰, además de su obligación de promover el libre desenvolvimiento de las distintas formas de vida que los mismos individuos crean correctas en virtud de sus propios valores y creencias. Es lo que NOGUEIRA describe como el principio de *favor libertatis*: “la obligación de respetar y promover los derechos humanos, no solamente establece el deber de los órganos del Estado de no lesionar el ámbito individual o institucional protegido por tales derechos, sino también la obligación positiva

¹⁹ Es lo que el Profesor HERNÁNDEZ se pregunta y que yo parafraseo también: la duda en virtud de proteger el valor de la libertad en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁰ Nuestra Constitución la protege en el artículo 1 inciso tercero: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

de contribuir a la efectividad de ellos, los que constituyen un componente esencial del orden público nacional”²¹.

Por ejemplo, y ya refiriéndonos al punto central de esta tesis: si no podemos institucionalizar un estilo de vida, como el matrimonio entre personas del mismo sexo, sin fuentes objetivas que den pie a que una prohibición justificada por la maximización de la libertad a todas las personas dentro de una sociedad, o por algún otro valor de igual relevancia que la libertad, entonces, el Estado rompería el principio de corresponder una igualdad de conciencia en la libertad moral de sus ciudadanos. Para realizar una prohibición de este tipo debiésemos tener claro por qué es valioso –a tal punto de romper con la igualdad de conciencia en la libertad de las personas- sólo institucionalizar el matrimonio heterosexual. ¿Es acaso la convivencia y amor entre dos personas del mismo sexo una forma de llevar la vida menos valiosa, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que una que se lleve a cabo entre personas de distinto sexo? El no promover esta forma de vida dentro de un Estado de Derecho es sencillamente una forma de negarla como valiosa, ergo, negar una forma de desarrollo de la personalidad sin argumentos claros de por qué es menos valiosa. A la luz del artículo 19 n°4 y artículo 19 n°7, en concordancia con los artículos 1, 5, 6 y 7, entre otros, no existe razón alguna para prohibirla.

²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Op. cit. p. 282.

1.2.1.2) La libertad en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución

Dentro de la Comisión ORTÚZAR existió siempre el esfuerzo de consagrar nuestra institucionalidad como protectora y garante de la libertad. Ello hace que la libertad sea el valor fundamental en nuestra sociedad y prioritaria en nuestra Constitución. De hecho uno de los “Objetivos Fundamentales” de la Constitución de 1980 era la protección de la libertad, que se expresó de esta forma en las Actas de la Comisión:

“Defensa de la libertad: Como quiera que la libertad constituye la motivación y base fundamental del sistema, ella debe ser defendida con la mayor eficacia. Son enemigos de la libertad —que políticamente se expresa en el derecho de discrepar— los que de alguna manera propician la sociedad unánime. Deben proscribirse, por tanto, los partidos, organizaciones o grupos contrarios al pluralismo ideológico o político”.²²

Aquí se destaca la importancia de nunca caer en la tiranía de las mayorías y que siempre se pueda velar por el cumplimiento de una expresión en la cual lo valioso es la diversidad, la discusión y diferencias dentro de una sociedad. La libertad negativa aquí se protege para promover dentro de nuestro ordenamiento jurídico el pluralismo; la prohibición, por tanto, está puesta para efectos de salvaguardar tal valor.

²² Acta oficial de la Comisión Constituyente, Sesión 11°, celebrada el 30 de octubre de 1973. p. 4.

Para los comisionados, la idea de libertad proviene de la naturaleza de la persona humana: por el sólo hecho de ser un ser humano, uno es libre. Es por ello que el comisionado Ovalle señala que “nacido el individuo, se le respeta la vida, una vida digna, libre e igual a la de todos los demás, sin privilegios, concepto que, en su opinión, es elemental y del que deriva todo lo demás.”²³ Así, las personas serían el punto de partida para proteger la libertad, según los comisionados, debido a que los seres humanos, y sus valores inherentes, son elementos previos al ordenamiento jurídico, y es deber del Estado protegerlos con la consagración de garantías de libertad, protegiendo así también la diversidad de las personas.

Con esta disposición, los comisionados estimaron de suma importancia la positivización de derechos que concreten la libertad negativa, para proteger el valor de la seguridad-autonomía (que reconoce como al ser humano digno, libre y responsable),²⁴ como el derecho a la honra, privacidad, libertad de conciencia, etc. La materialización de este valor podría observarse en “las primeras expresiones de la libertad individual [como lo] es la libertad de su intimidad; o sea, la posibilidad de ser respetado en sus actividades básicas y donde está incubando su acción exterior o desarrollando sus actividades más personales e íntimas²⁵”. Es así como lo entendieron los comisionados en sus

²³ “Historia de la ley Constitución política de Chile. Artículo 19n° 4”, Sesión N° 129 del 12 de junio de 1975. p. 14.

²⁴ Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Op. cit. p. 273.

²⁵ Intervención del profesor Silva Bascuñán, Alejandro. “Historia de la ley Constitución política de Chile. Artículo 19n° 4” Sesión N° 129 del 12 de junio de 1975. p. 19.

discusiones en cuanto a que la libertad debe ser un valor protegido con sus múltiples aristas, que son consecuencias obvias de la libertad –entendida como negativa-, como la misma la protección a la intimidad, inviolabilidad del hogar, honra, etc.

1.3) Conclusión sobre el concepto libertad

La idea de libertad debe entenderse de una forma negativa. Las múltiples formas de intentar definirla han sido infructuosas debido a heterogeneidad de la naturaleza humana; ha sido imposible encontrar una fórmula correcta para envolver la diversidad del ser humano y la pluralidad del mismo. Toda forma de pretender envolver los valores de una sociedad en torno a una razón – a través de la ley y en nombre de la razón, por ejemplo- será falsa y podría ser (como ya lo fue en el siglo XX) una justificación de totalitarismos o tiranías de las mayorías. Por ello, los ordenamientos jurídicos pretenden lograr una debida protección a la libertad negativa y al desenvolvimiento del ser humano; con ella protegida se podrá lograr el respeto a la diversidad humana y a sus múltiples formas de entendimientos y concepciones. Sin embargo, ello no nos da la posibilidad de lograr una aprehensión total de todas y cada una de las concepciones humanas, debido a que no sólo de libertad vive el hombre. Las sociedades deben ser capaces de entender que se debe coartar la libertad en pos de otros valores que se estiman importantes (igualdad, justicia, bienestar social, etc.), lo que dará pie a que la misma sociedad tenga que ponerse de acuerdo sobre hasta qué punto, y en virtud de qué valores, se podrá coartar la

libertad de sus ciudadanos. Ello no hace descuidar que el Estado debe garantizar un mínimo de respeto a la individualidad humana y a la intimidad de las personas. Sólo en virtud de la misma libertad o valores públicos importantes podrá limitarse la libertad, siempre teniendo en cuenta que aquello es una coacción y que se logrará, dentro del espectro político, mayor libertad para sus ciudadanos.

Nuestro ordenamiento constitucional lo entiende así. A través del artículo 19 n°4 de la Constitución, logra el cometido de lograr un respeto al libre desenvolvimiento de la personalidad de sus ciudadanos, siempre teniendo en cuenta –en virtud del numeral 26 del artículo 19- la esencialidad de los derechos fundamentales que protege la misma Constitución. Por ello, el límite de la libertad de las personas siempre será otros valores –como los derechos fundamentales- o la libertad de toda la sociedad en su conjunto. En consecuencia, frente a las prohibiciones, debemos ser capaces de responder en virtud de qué valores estamos prohibiendo tal o cual forma de vivir la vida, a lo que dejo la siguiente cita de Thomas NAGEL para entender de lo que estamos hablando y continuar la referencia a la homosexualidad y el matrimonio entre personas del mismo sexo: “Cualquier materia relativa a los derechos individuales, como la homosexualidad, se pueden aducir dos argumentos muy distintos a favor de la libertad. El primero es que no hay nada impropio en la homosexualidad, por lo que no se la debe prohibir. El segundo es que, sea o no moralmente impropia la homosexualidad, el sexo es uno de esos aspectos

altamente personales de la vida que no deberían ser controlados por la sociedad sobre la base de las convicciones de la mayoría de sus miembros. (...) Ciente o no con una amplia aceptación, el argumento de segundo orden pretende apelar a un valor que todos los miembros de una sociedad liberal pluralista podrían razonablemente aceptar incluso si discreparan fundamentalmente en sus opiniones acerca de la moralidad sexual. No se trata del valor predominante de la autonomía personal individual, que puede ser rechazado por muchas posturas religiosas y otras visiones globales. Es el valor del respeto mutuo, que limita los fundamentos sobre los cuales podemos recurrir al poder colectivo del Estado para obligar a aquellos que no comparten nuestras convicciones a someterse a la voluntad de la mayoría”²⁶.

2) Igualdad

El principio de la igualdad ha sido un tema difícil de abordar por la complejidad que se suscita a la hora de definirla y establecer su ámbito de aplicación dentro de un ordenamiento jurídico. La igualdad –sea lo que fuere– ha sido un estándar básico dentro de cualquier ordenamiento jurídico que sitúa sus bases en el respeto de los derechos de los seres individuales en un Estado de Derecho. En este sentido, la igualdad se presenta como una conquista más bien liberal y los autores a estudiar seguirán la misma línea. En este sentido, la contraposición entre libertad e igualdad no sería correcta; la igualdad debe

²⁶ NAGEL, Thomas. “Rawls y el liberalismo”. Santiago de Chile, Estudios públicos, 97 (verano 2005). p. 233.

observarse como un fenómeno más bien complementario de la libertad que antónimo de la misma.

Esta sección se interioriza en un concepto de igualdad y en las consecuencias que conlleva dentro de nuestro ordenamiento jurídico; cómo se expresa en nuestra Constitución y cuáles son los resultados que, en la práctica, otorga a los ciudadanos.

Para comenzar, debemos considerar la idea de “concepción política de las personas” con el fin de situar el concepto de igualdad como una noción central dentro del ordenamiento jurídico²⁷. En este sentido, RAWLS considera fundamental concebir a las personas como entes racionales que pueden considerarse a sí mismas como seres libres. Así, la idea del liberalismo político se basa en que las instituciones –las personas que constituyen el gran acuerdo hipotético que se formula en Teoría de la Justicia- pueden abrazar una concepción política en tres aspectos: 1) “los ciudadanos son libres en la medida en que se conciben a sí mismos y unos a otros como poseedores de la capacidad moral para tener una concepción del bien”; 2) “los ciudadanos se ven como personas libres en que se consideran a sí mismos fuentes auto-identificables de reclamaciones válidas”; y 3) “los ciudadanos se conciben como

²⁷ Aquí se diferencia concepto de concepción en que mientras el concepto es el significado de un término, la concepción incluye los principios necesarios para aplicarla. Véase RAWLS, John. “Liberalismo Político”, 5ª edición, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 38.

personas libres en que se consideran capaces de asumir la responsabilidad de sus fines, y esto afecta la manera en que valoran sus diversos reclamos”²⁸.

Para los efectos de este trabajo sólo interesa el primer aspecto de persona de RAWLS, debido a que tiene directa influencia con lo ya establecido en la sección de la libertad, además de sentar las bases de esta sección en cuanto a qué es lo que queremos decir cuándo hablamos de igualdad. RAWLS explica que este primer aspecto es fundamental en la sociedad debido a que, si consideramos a las personas como seres dotados de este poder moral de buscar y revisar sus concepciones de bien, podemos entender de mejor manera cuáles son los límites que el Estado debiese otorgar a las sociedades liberales. El que un Estado democrático de Derecho entienda a las personas como seres libres permite una sociedad plural que valore la diversidad como un bien en sí mismo. Es lo que llama RAWLS una “identidad no institucional o moral”²⁹.

El componente principal para lograr una sociedad liberal, es que los ciudadanos puedan suscribir los valores institucionales (en este caso, que el Estado respete las libertades básicas de sus individuos) y escoger los valores morales que cada uno de los ciudadanos decida tener (en su vida no pública), permitiendo un marco de tolerancia y respeto entre los ciudadanos de una misma comunidad. Aquello hace que sea necesaria la libertad de cada uno de los ciudadanos en un Estado democrático de Derecho: la identidad personal de

²⁸RAWLS, John. “Liberalismo...”. Op. cit. 52-55.

²⁹Ibid. p. 52.

cada uno de sus individuos “no implica ningún cambio en nuestra identidad pública o institucional, ni en nuestra identidad personal³⁰”. O sea, los acuerdos que se establezcan entre todos los ciudadanos, a través de las instituciones básicas de la sociedad, serán paralelos a las decisiones morales personales de cada uno de los integrantes de la sociedad; por tanto, mientras las opciones morales de cada uno de los integrantes de la sociedad no corrompan los valores sociales –o políticos- de la comunidad política, no debería existir ningún problema político. Es decir, remitiéndonos a un ordenamiento jurídico: si la comunidad entera se pone de acuerdo sobre el respeto del libre desarrollo de la personalidad a cada uno de sus integrantes, sólo un punto de vista personal que atente con este valor público será incompatible con tal ordenamiento jurídico, como por ejemplo, quién pretendiera desarrollarse espiritualmente matando a otras personas.

La cuestión, para los propósitos de este trabajo, es dilucidar de qué forma el concepto de la libertad, en el marco de las instituciones políticas, puede incidir en el esclarecimiento del concepto de igualdad y su manifestación en los ordenamientos jurídicos.

2.1) Igualdad: ¿de qué estamos hablando?

³⁰Ibid. p. 53.

Como ya se dijo, ha sido difícil lograr un concepto claro y armónico de igualdad. Se puede decir que uno de los consensos dentro de la filosofía política es que la igualdad es un concepto indeterminado.

En este trabajo se sostendrá que la igualdad no posee características axiológicas inherentes en sí misma. De hecho, la igualdad como tal carece de toda forma de reconocimiento dentro del espectro de las teorías morales. Para entenderlo mejor, se puede ejemplificar de la siguiente forma: "X es igual". Esta oración es ininteligible desde cualquier punto de vista; no se identifica un valor axiológico en la oración, a diferencia de lo que puede decirse de "X es libre". Esto se debe a que "la igualdad es pura y simplemente un tipo de relación formal, que se puede ver colmada de los más diversos contenidos"³¹. Ello hace que la igualdad deba enmarcarse en un contexto para poder lograr una comprensión inteligible, o como BOBBIO señala, que pueda responder a estas dos preguntas: "¿igualdad entre quiénes? e ¿igualdad en qué?"³² Porque la igualdad no es un valor en sí mismo, ni puede predicarse con relevancias morales, es una formalidad que, para darle sentido, debemos ser capaces de dotarla de un contenido o, más bien, de un propósito.

La igualdad es un valor sólo en la medida que se pretenda proteger un aspecto público de la sociedad. En la medida en que exista claridad sobre los valores políticos de una sociedad, en la que sus integrantes se han puesto de

³¹ BOBBIO, Norberto. "Igualdad y Libertad", Barcelona, Paidós, 1993. p. 54. El ejemplo "x es igual" y "x es libre" es también de su autoría.

³² Ibid. 54

acuerdo sobre qué es lo valioso para ellos, la igualdad será un valor fundamental. Y es aquí donde hago la conexión con la concepción de persona de RAWLS: sólo en la esfera de la institucionalidad servirá la igualdad como un aspecto fundamental en el Estado de Derecho. Es por eso que BOBBIO la considera como un valor genérico para el hombre, “en cuanto es un ente perteneciente a una determinada clase, justamente la humanidad (...) la cual es necesario considerar qué tipo de relaciones existe o debe instituirse entre las distintas partes que constituyen el todo³³”. Mientras la libertad es un valor que puede predicarse respecto de un individuo; la igualdad, se predica sólo respecto de una comunidad.

Así, las preguntas de BOBBIO “en qué” y “entre quiénes” están resueltas. En la medida de que se sitúe un ordenamiento institucional que promueva una serie de valores determinados (como lo será una teoría de la justicia) la aplicación de directrices igualitarias tendrá como objeto la protección de lo justo, o sea, una *igualdad deseable*; y si las directrices igualitarias no dan con el objeto de lo justo será una *igualdad indeseable*. La igualdad será aplicable siempre entre quienes se sitúen en esta institucionalidad.

El siguiente paso será esclarecer qué clase de teoría de la justicia pretendemos y si es posible delinearla, de tal forma, para entender los parámetros correctos a los cuales la igualdad debe someterse.

³³ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 55.

2.2) La teoría de la justicia de RAWLS

Es en este punto donde se une el concepto de libertad –ya analizado-, la concepción política de persona y el análisis de igualdad recién expuesto. Lo que se pretende mostrar en este acápite es que la teoría de la justicia otorga un valor importantísimo al derecho del libre desarrollo de la personalidad, por lo que el Estado debe promoverla a través de una perspectiva igualitaria.

La teoría de la justicia de RAWLS se basa en dos principios fundamentales que han sido esbozados a lo largo de todo el trabajo. Ahora la idea es poder desarrollarlos latamente para efectos de realizar la conexión entre el principio de la protección de la libertad, el desarrollo de una teoría de la justicia y su aplicación a través del principio de la igualdad. Los dos principios de justicia son los siguientes:

- 1) “Cada persona tiene el mismo derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos. Este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, deben ser garantizadas en su valor justo.
- 2) Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el

máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados”³⁴.

El primer punto a destacar es la igual repartición de las libertades básicas que se protegen. El principio de la igualdad se erige como un elemento básico dentro de una sociedad justa, y es aquí donde la igualdad se diferencia del contrato social hobbesiano o lockeano: no se basa en nuestras iguales capacidades físicas y debilidades para negociar, sino más bien se vincula con nuestro status moral.

Las libertades básicas que se establecen en el primer principio son concordantes con la idea del libre desarrollo de la personalidad esbozado en las secciones anteriores. Ello es que la libertad de conciencia, de pensamiento, la libertad de opresión psicológica, etc. se enmarcan de tal forma que sólo existirá una sociedad justa en la medida de que estos valores sean iguales en cada uno de los individuos.

Los principios se ordenan de manera prioritaria uno sobre otro de manera tal que “las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas³⁵”. Ello no quiere decir que las libertades básicas son absolutas – como ya se vio con BERLIN- sino que ellas deben formar un sistema que ha de

³⁴ RAWLS, John. Liberalismo político. Op. cit. p. 31.

³⁵ RAWLS, John. Teoría de la Justicia. Op. cit. p. 68.

ser el mismo para todos, por lo que sólo existirá una distribución igualitaria en la medida en que, según el segundo principio, conlleve una ventaja para todo el sistema institucional de una sociedad. “La injusticia consistirá entonces, en las desigualdades que no beneficien a todos³⁶”, dice RAWLS, y es lo que se denomina el “principio de diferencia” abordado en el segundo principio. El principio igualitario de libertad impide que pueda transarse valores de libertad por compensaciones económicas debido a la prioridad del primer principio por sobre el segundo; además, se propone que el valor de la libertad debe ser entendido como básico para la instauración de un aparato institucional justo. Es por ello que podríamos entender que se vulneraría *lo justo* en cuanto al individuo (que se le coarta la libertad) y en cuanto a la comunidad (la igualdad se corrompería), si es que no existiese una igualitaria distribución de las libertades básicas.

Entonces, lo central de la teoría de justicia que manejamos es que las personas parecen ser valiosas debido a su igual capacidad de libertad entre todas, es decir, todas las personas tienen la misma capacidad de deliberación frente a sus propias concepciones del bien. Sin embargo, uno podría pensar que es falso debido a que no todos tenemos la misma capacidad de poder deliberar porque la inteligencia no es igual en todas las personas. A pesar de ello, el escollo no es difícil de resolver. Mejor lo responde el profesor GARCÍA-MANRIQUE: “1) que las diferencias en la capacidad de la libertad son

³⁶ Ibid. p. 69

generalmente muy pequeñas si las comparamos con la capacidad para la libertad de otros seres no humanos, y 2) que sólo excepcionalmente (patológicamente) los seres humanos no poseen dicha capacidad”³⁷. Por tanto, la idea de *capacidad de poder deliberar libremente* y su repartición de forma igualitaria tienen que ver con una idea de perspectiva. El sexo, la raza, la religión o la orientación sexual no son consideraciones atingentes para poder normar sobre la capacidad deliberativa; no existe ninguna razón por la cual discriminar –en la norma- sobre las libertades básicas de las minorías (étnicas, sexuales o religiosas) sea justo. Siguiendo con la homosexualidad entonces, cabe preguntarse: ¿por qué un homosexual no podría libremente casarse con su pareja si finalmente no existe, ni desde un plano personal, ni desde una perspectiva social, ninguna diferencia en las capacidades de poder deliberar libremente sobre qué hacer con su vida?

Así, el objeto de la Teoría de la Justicia de RAWLS será que la estructura básica de la sociedad, que son las grandes instituciones sociales, distribuya derechos y deberes fundamentales y determine la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. La justicia depende de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, lo que producirá una serie de consecuencias en las instituciones políticas y en el sistema jurídico. Es lo que llama el profesor ESPEJO *igualdad de la ciudadanía democrática* en cuanto a

³⁷ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Derechos sociales e igualdad”, En, Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política: congreso estudiantil de derecho y teoría constitucional: 2003-2005-2007: artículos seleccionados, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2009. p. 302

que “cada miembro de la sociedad le debe ser asegurado de modo igualitario, un cierto catálogo de derechos básicos con el objeto de que –junto con desarrollar su respectivo proyecto de vida- pueda hacer ejercicio de su condición de agente democrático”³⁸.

Por último, cabe explicar entonces por qué la igualdad no es un valor axiológico en sí mismo sino un valor instrumental. Y es porque aquella sólo puede ser entendida para poder lograr la teoría de la justicia que se basa en instituciones básicas que deben promover y garantizar un marco de libertad a todos por igual, debido a que la persona es el centro de todas las instituciones políticas, y son ellas, las personas, la finalidad última de cualquier ordenamiento jurídico. Es decir, la igualdad sin una teoría de la justicia (que en este sentido es propiciar libertad a cada uno de los integrantes de la comunidad) es una idea vacía. GARCÍA MANRIQUE lo explica mejor: “el primer contenido de la justicia es tratar a los seres humanos con igual consideración y respeto que no es más que reafirmar la idea de justicia unida al juicio fáctico consistente en identificar a todos los seres humanos como poseedores de ciertas cualidades previamente identificadas³⁹”.

2.2.1) Aplicación al principio de igualdad a través de la noción pura de justicia procesal.

³⁸ ESPEJO YAKSIC, Nicolás. “La Garantía de la no discriminación y el principio de la igualdad” En, Cuadernos de análisis jurídico: igualdad, libertad de expresión e interés público”, publicación Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000. p. 67.

³⁹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Op.cit. p. 303.

La aplicación del principio de igualdad en nuestras instituciones políticas, es decir, también en nuestro ordenamiento jurídico, tiene que esforzarse en poseer una serie de características para poder cumplir el objeto de la teoría de la justicia. Por ello es que RAWLS establece la realización de la noción de pura justicia procesal. Aquí se pretende que exista un procedimiento con criterios imparciales, cuyo resultado siempre sea igualmente correcto en la medida en que se haya observado debidamente el procedimiento⁴⁰. Las libertades no pueden distribuirse de tal forma que sólo en ciertas ocasiones se produzca un resultado igualitario, debido a la importancia que tiene la libertad en los individuos de un Estado. Siempre el resultado de la distribución de las libertades debe ser parejo e igualitario para todos los miembros de la sociedad y siempre debe ser efectivamente observada tal distribución, a través de, por ejemplo, derechos y garantías consagradas en una constitución. RAWLS lo manifiesta estableciendo que “la asignación de los bienes producidos tendrá lugar de acuerdo con el sistema público de normas, el cual determinará qué se produce, en qué cantidad y por qué medios”⁴¹. Por tanto, un ordenamiento jurídico que vincule a todas las personas, instituciones y organismos de un Estado es quien debe establecer la igual repartición de las libertades básicas para que no exista un resto que quede exento de derechos fundamentales.

2.3) El principio de la igualdad en los ordenamientos jurídicos.

⁴⁰ Véase RAWLS, John. “Teoría de la Justicia”. Op.cit. pp. 88-93. Sección 24 “Igualdad de oportunidades y justicia puramente procesal”.

⁴¹ Ibid. p. 92.

Como hemos dicho a lo largo de esta sección, el principio de la igualdad es uno de los principios jurídicos más relevantes de los ordenamientos jurídicos en general. Se ha establecido como un elemento básico en todo Estado de Derecho y parece incomprensible que algún ordenamiento jurídico no lo contemple como un parámetro clave dentro del aparato normativo. Sin embargo, cabe analizar el principio de la igualdad dentro de los ordenamientos jurídicos desde dos ópticas que nos ilustra BOBBIO y que son la igualdad en derechos y la igualdad ante la ley. Aquellas dos vertientes del principio de la igualdad tienen lecturas diferentes en el plano jurídico ya que sus bases teóricas son distintas, aunque no excluyentes una de la otra.

En primer lugar, la igualdad en derechos ha sido clave para poder entender el fundamento teórico de una teoría de los derechos fundamentales y el respeto que debiese tener el Estado con resguardar y protegerlos. Así la igualdad de derechos corresponde más bien al valor *sine qua non* de una teoría de la justicia, en cuanto sin ella la repartición de los derechos fundamentales –o libertades básicas o bienes primarios- sería injusta. Aquella “significa gozar igualitariamente, por parte de los ciudadanos, de algunos derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”⁴² y por ello es central dentro de todas las constituciones modernas occidentales; ellas se enmarcan dentro de un contexto de instituciones políticas que establecen las libertades básicas o los derechos fundamentales como piedra angular del aparato político y/o

⁴² BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 75.

ordenamiento jurídico⁴³. No es baladí mencionar cómo comienza la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señalando que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en los derechos” o bien, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que establece que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; a su vez nuestra Constitución Política consagra en su artículo primero que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Por otra parte tenemos la igualdad ante la ley, que pudiese ser una especie de aplicación de la igualdad en dignidad y derechos a través de un sistema puro de justicia procesal. Aquí se pretende hacer valer los principios justos de una sociedad, lo que hará establecer la igualdad frente a la ley como un principio dúctil según los contextos en la que se aplique; un mecanismo formal de lograr una teoría de la justicia. Aquí se pretende que el ordenamiento jurídico observe a sus ciudadanos como iguales, que “sean considerados iguales y tratados como iguales respecto de aquellas cualidades que, según las diferentes concepciones del hombre y la sociedad, constituyen la esencia del hombre, la naturaleza humana distinta de la naturaleza de los demás seres, como el libre uso de la razón, la capacidad jurídica, la libertad de poseer, la dignidad social”⁴⁴. A pesar de los alcances que analizaremos más adelante sobre estos dos principios, resulta necesario establecer que su objetivo histórico es la

⁴³ Ello da pie al constitucionalismo moderno que se analizará en la siguiente sección de este trabajo.

⁴⁴ Ibid. p. 68.

prohibición de la discriminación jurídica en razón de un estamento u otro. A diferencia de la igualdad en derechos, la igualdad ante la ley prohíbe que se vea a las personas como sujetos de derechos con una capacidad jurídica distinta según estamento, en donde la ley (con leyes diversas según cada estamento de la sociedad) se aplique de forma diferenciada. Por eso, es deber del Estado proveer distinciones en la ley justificadas y razonables. Es decir, se excluye toda “discriminación arbitraria” de nuestro ordenamiento jurídico: sólo pueden existir diferencias en la ley en virtud de criterios objetivos. Sin embargo, no se encuentran justificadas distinciones en razón, por ejemplo, de raza o sexo debido a que, como señalamos anteriormente, a pesar de que se trata de diferencias objetivas, ellas no son relevantes en atención a nuestra forma de concebir la sociedad -en virtud de nuestra concepción de las personas como sujetos racionales dotados una libre deliberación.

2.3.1) Aplicación jurídica del principio de igualdad.

La aplicación que los teóricos constitucionales hacen de estos dos principios de igualdad en los ordenamientos jurídicos ha estado siempre dotada de un marco fáctico que es capaz de entender el contexto histórico en cual se desenvuelve estos principios. Como hemos repetido insistentemente, el principio de la igualdad corresponde a una condición necesaria para la consecución de un paradigma político (una teoría de la justicia) por lo que aquello hace modificar las bases teóricas en virtud de los tiempos que se estén

viviendo. Existen una serie de ejemplos (los derechos civiles y políticos, el estatuto filiativo y, el que nos convoca, matrimonio entre personas del mismo sexo) que dan pie para entender la ductilidad al principio de la igualdad y que, sin la contingencia, sería muy difícil argüir la arbitrariedad en las diferencias⁴⁵.

En primer lugar tenemos la idea de la igualdad en dignidad y derechos, respecto de la que FERRAJOLI ha lúcidamente señalado que, para aplicarla, es necesario distinguir entre las “igualdades” y las “diferencias” y así, aclarar de qué forma aquellas conjeturas confieren una protección más precisa a las personas. Cabe destacar dos ideas de FERRAJOLI en cuanto a la *configuración jurídica de la diferencia*: 1) la homologación jurídica de las diferencias se establece como un mecanismo en donde las diferencias son valorizadas y negadas debido a que se ignoran “en nombre de una abstracta afirmación de igualdad⁴⁶ y 2) Existe una valoración jurídica de las diferencias a través de la óptica del principio normativo de la igualdad a través de una protección de los derechos fundamentales.

Lo que pretende FERRAJOLI es dotar de protección a las identidades de las personas, valorando los rasgos propios e inherentes de cada ser humano - indispensable en una sociedad liberal y respetuosa de los derechos

⁴⁵ FIGUEROA, Rodolfo. “Igualdad y discriminación”, En, Cuadernos de análisis jurídico: igualdad, libertad de expresión e interés público”, publicación Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000. p. 26-29. El autor aclara de qué manera nuestras concepciones (según el término de RAWLS) se han modificado en nuestro ordenamiento jurídico chileno.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Madrid, España, Editorial Trotta, 2001. p. 75.

fundamentales. Con ello pueden entenderse el pluralismo y la tolerancia a la diversidad como valores en sí mismos, respetando la libertad de las personas. Lo que pretende FERRAJOLI es criticar que en virtud de la igualdad (jurídica) se hizo caso omiso a desigualdades sociales a pesar de la existencia de Declaración de los Derechos del Hombre; y también cómo a pesar de consagrar esta igualdad en dignidad y derechos en EE.UU, hubo esclavitud hasta fines del siglo XIX y racismo hasta los años ´70. Aquella crítica también le cabe a nuestro ordenamiento jurídico: a pesar de la idea del artículo 55 de nuestro Código Civil en cuanto “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, que corresponde a una manifestación de no discriminación entre las personas naturales y un adelantamiento a nuestro principio de igualdad ante la ley del artículo 19 n°2 de la Constitución, nuestro Código Civil demuestra profundas discriminaciones arbitrarias a lo largo de él (administración y configuración de la sociedad conyugal, matrimonio esencialmente entre un hombre y una mujer, etc.), no contemplando la dignidad de las personas como fundamento del texto legal.

La idea de lograr este respeto a las identidades de las personas, se podrá llevar a cabo por los ordenamientos jurídicos en la medida que puedan establecer las diferencias correspondientes a los hechos y establecer las igualdades como un derecho. Aquí lo relevante será establecer la igualdad como un mero elemento normativo y no una situación fáctica verdadera, es decir, que no se niegue la hipótesis empírica de las diferencias entre hombres o

mujeres o bien las diferencias de razas, etnias o alguna otra diferencia de categoría sospechosa. La igualdad en derechos consiste en que todas las personas, cualesquiera que sean sus diferencias, sean titulares de los mismos derechos fundamentales por el sólo hecho de ser personas. La igualdad en dignidad y derechos será una norma que prescriba que las diferencias que pudiesen tener los seres humanos –como color, sexo o edad- no tienen sentido a la hora de situarlos en el ordenamiento jurídico, por lo que los derechos fundamentales se distribuirán en forma igualitaria, o como lo establece DWORKIN, en que todos tenemos “el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recurso o cargas⁴⁷” en virtud de nuestra capacidad de deliberar libremente y generar nuestra propia identidad.

En la diferencia está la razón de la igualdad.

Por otra parte tenemos la idea de igualdad ante la ley que DWORKIN ha descrito como el “derecho a ser tratado como igual, que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera⁴⁸”. En este sentido, la ley entiende que no puede discriminar (en un sentido negativo) salvo ciertas circunstancias (razonables y justificadas), que nunca incluirían -debido a que una teoría de la justicia no estima como relevantes ni justas- la raza, el sexo, la

⁴⁷DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1999. p. 332.

⁴⁸Ibid.

condición social, etc.⁴⁹. Ello permite que a la luz de este principio se podrán establecer parámetros objetivos y razonables que den pie a una diferenciación que pueda otorgar condiciones a una teoría de la justicia o bien, como señala DWORKIN, que pueda existir diferencias en el trato con las personas “pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal⁵⁰”. Por ejemplo, los típicos casos de discriminación inversa. Aquí las diferencias, si existiesen, sólo serán prohibidas por los ordenamientos jurídicos si son arbitrarias. La discriminación, en este caso, debe contener razones explicativas de la decisión de la ley para que haya realizado una excepción y considere a dos personas de forma distinta. Por tanto, la diferenciación, en sí misma, no sería razón de reproche debido a que la categoría de la igualdad exige equiparaciones y tratos distintos para lograr una sociedad igualitaria, a través de un entendimiento de las diferencias entre las personas, sean por razones históricas, sociales y culturales. Los privilegios que favorezcan a un grupo, perjudicando a otro, son para otorgar mayores *oportunidades*, lo que no es otra cosa que aplicar el segundo principio de justicia de RAWLS, para que a través de la diferencia, podamos tener una sociedad más eficiente y justa⁵¹.

⁴⁹ Y por ello aquí se entiende la igualdad como material (como lo establece el profesor García Manrique), porque éstas no son diferencias relevantes para la justicia, a pesar de que la igualdad material se establece en cuanto a la capacidad de las personas de definir su concepción de bien.

⁵⁰ Ibid. p. 333.

⁵¹ Véase sección 2.1 “La teoría de la justicia de John Rawls” en especial en cuanto al segundo principio.

Esta igualdad ante la ley tiene dos facetas: la “igualdad ante la ley” y “en la ley”. Sin embargo la diferencia es bastante tenue. “La igualdad en la ley es una exigencia que está referida a los contenidos de la ley, en el sentido de que ellos deben satisfacer un determinado estándar de igualdad (...) la igualdad ante la ley constituye una exigencia que apunta no a sus contenidos sino a su aplicación, sea por parte de la autoridad administrativa o de cualquier otro agente, en el sentido que dicha aplicación debe ser igualitaria”⁵². Mientras que BOBBIO encamina la “igualdad ante la ley” a los legisladores y los jueces por igual, la doctrina constitucional actual, que se puede rescatar en el Tribunal Constitucional Español⁵³, distingue una de la otra según “ante la ley” y “en la ley”.

Entonces el Estado no sólo se obliga a abstenerse, en virtud de la igualdad y para motivar la identidad de las personas, de legislar y juzgar (o aplicar la ley) desigualmente sino también está obligado a legislar y aplicar la ley para que pueda resultarse una sociedad más igualitaria. El Estado debiese promover mecanismos que puedan otorgar una distribución igualitaria de derechos, como lo es el caso de la inclusión de minorías raciales en Estados Unidos. Los Estados debiesen ser capaces de otorgar las herramientas para consagrar legalmente un matrimonio igualitario en virtud de la diferencias de derechos que existe actualmente, y no resiste –como ser verá luego- una

⁵² Figueroa, Rodolfo. Op. cit. p. 47.

⁵³ Véase la nota 49 del texto de Figueroa, Rodolfo. Op. cit.

argumentación basada en razones justificadas que hagan valedera y justa aquella diferencia que hace que sólo hombres con mujeres puedan casarse.

2.3.2) El principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico podemos observar la mayoría de las doctrinas ya analizadas hasta el momento. Se podrá observar que nuestra Constitución política, en cuanto a la igualdad, establece casi los mismos criterios para fundamentar la igualdad salvo excepciones que se analizarán en su momento.

2.3.2.1) La igualdad en dignidad y derechos

En primer lugar podemos observar el artículo primero de nuestra Constitución que señala: “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El profesor NOGUEIRA lo rescata de una forma muy similar a como lo hemos señalado hasta acá, en cuanto establece que la igualdad en la dignidad se “predica como un valor espiritual y moral inherente a toda persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión del respeto por parte de los demás y la idea que las personas son siempre sujetos y nunca instrumentos o medios para el desarrollo de otros fines”⁵⁴. Para el profesor Gonzalo FIGUEROA también está en la dignidad el fundamento a la igualdad de las personas en cuanto a que todo el

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, Santiago, Chile, AFDUDC, 10,2006. p. 801.

ordenamiento jurídico debe tener como *telos* los seres humanos, estableciendo que “la igualdad es un corolario del concepto de dignidad, puesto que es ésta la que impide que un individuo quede subordinado arbitrariamente a otro. Nadie puede atribuirse naturalmente la facultad de mandar a los demás”⁵⁵. Por otra parte, la igualdad en derechos corresponde a una consecución obvia de la igualdad en dignidad de las personas, como bien señala el profesor SILVA BASCUÑÁN: la “igualdad en derechos se proyecta exclusivamente respecto de aquellos derivados directamente de la semejanza de naturaleza”⁵⁶.

A pesar de las concordancias que pudiesen tener los argumentos de la doctrina chilena con nuestra propia argumentación, queda hacer la salvedad que los profesores NOGUEIRA y SILVA BASCUÑÁN califican como “atributos naturales” de las personas humanas la dignidad y la igualdad. Aquí se ha hecho el esfuerzo de llevar el argumento a proponer la igualdad como un consenso político derivado de una teoría de la justicia (y no como una emanación del derecho natural de las personas) que entiende a las personas como sujetos racionales que hace innecesaria, en este espectro de la discusión, hacer alguna distinción. Aquí los autores -e incluyo a Gonzalo FIGUEROA en esto- declaran la igualdad como un valor axiológico (Gonzalo FIGUEROA lo llama “afirmación de carácter moral”⁵⁷) lo que dista de lo planteado en este trabajo en cuanto a la igualdad. A pesar de ello, si el derecho natural y nuestra teoría de la justicia

⁵⁵ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. “Persona, pareja y familia”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

⁵⁶ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Op. cit. p. 18.

⁵⁷ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Op. Cit. 30.

concuerdan en que las personas –en razón a argumentos muy parecidos pero no iguales- deben respetarse de igual forma, no habría problema en tomar el argumento de SILVA BASCUÑÁN, NOGUEIRA y FIGUEROA.

El precepto del artículo 1 de la Constitución entonces, sentará las bases de la protección de los derechos fundamentales de todas personas, además de irradiar a todo el ordenamiento jurídico con la protección igualitaria de los derechos de las personas

2.3.2.2) Igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley se consagra en el numeral n° 2 del artículo 19 de nuestra Constitución asegurando que “en Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley” concluyendo que “[N]i la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

La igualdad ante la ley se consagra como un derecho a que todas las personas sean miradas como iguales por nuestro ordenamiento jurídico, implicando no ser discriminado por alguna diferencia que carezca de fundamento racional y no inspire un propósito de justicia o de consecución al bien común –según el espíritu de nuestra Carta Fundamental. En este precepto se pueden entender tanto la igualdad en la ley (que obliga al legislador) como ante la ley (que obligan a quienes aplican la ley). Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “entendido que la igualdad ante la ley consiste

en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad⁵⁸. Con la afirmación del Tribunal Constitucional se recoge que el 19 n°2 involucra los conceptos de igualdad en la ley y ante la ley.

Además podemos desprender que el Tribunal no obvia las diferencias existentes entre los diversos grupos sociales sino que les otorga valor al momento de diagnosticar un goce de derechos fundamentales. Es por ello que se hace explícita la idea de promover diferencias que permitiesen una diferenciación de trato, en la ley, para lograr una igualdad en el goce de los derechos de las personas. Por tanto el artículo 19 n°2 sí permitiría aquellas diferencias en el trato de la ley. Incluso, como señala el profesor Rodolfo FIGUEROA, si nos encontramos frente a una situación que establece una diferencia en la asignación de derechos “la única forma de proveer igualdad de trato es diferenciando, de suerte que diferencias en ese caso, no es una

⁵⁸ STC 1254-2009. También en STC 28, 53, 219.

facultad o un permiso sino una exigencia”⁵⁹. Por tanto, el profesor concuerda con la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional en cuanto a diferenciar las situaciones distintas y tratar con el mismo rigor las situaciones iguales. Luego, nuestro ordenamiento jurídico avalaría valorar las diferencias.

Entonces, ¿qué criterios debiesen utilizarse al momento de otorgar estas diferencias, para lograr la igualdad en derechos de las personas, y así lograr que tales diferencias no sean sujetas a arbitrariedades? El profesor NOGUEIRA señala que “la diferencia arbitraria, es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable”⁶⁰, por lo que la razonabilidad y objetividad serán los criterios a seguir; definición que se ajusta a lo que la misma Corte Suprema chilena ha establecido como discriminación: “discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias⁶¹.” Con ello podríamos señalar que si la ley establece diferencias en cuanto a características que escapan de la voluntad de las personas como el

⁵⁹ FIGUEROA, Rodolfo. Op. cit. p. 45.

⁶⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El Derecho a la Igualdad ante la Ley, la no Discriminación y Acciones Positivas”, Op. cit. p. 806.

⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de mayo de 1991, considerando 4º, en Revista de Derecho y Jurisprudencia LXXXVIII, 2º, pág. 182.

sexo, color, condición social o bien, características que tengan esencialmente que ver con la identidad propia de las personas, como la religión, condición sexual, filiación política serían categorías prohibidas de generar diferencias en la ley. Ello porque a nuestro ordenamiento jurídico le interesa poder preservar espacios públicos donde se desarrolle la tolerancia, el pluralismo y la mayor realización espiritual de sus habitantes que promuevan el respeto a los derechos fundamentales de las personas como lo establece el artículo 1 inciso cuarto de nuestra Constitución. Entonces, en la medida en que se promueva, a través de la ley, un ejercicio igualitario de derechos, como lo es el objeto de la teoría de la justicia que se ha planteado, las diferencias que la misma ley haga serán de carácter justo, recomendadas y constitucionales.

2.3.2.3) Criterios para definir una discriminación arbitraria en nuestro ordenamiento jurídico.

La doctrina constitucional ha establecido una serie de categorías para definir los criterios idóneos para reconocer una discriminación arbitraria. El análisis de conformidad de la norma con la garantía de igualdad ante la ley se ha basado principalmente en la utilización de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

- 1) Razonabilidad: El análisis de razonabilidad busca responder a la pregunta sobre si hay o no fundamento justo, suficiente y legítimo para la

existencia de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. La razonabilidad, por tanto, “implica prohibición de arbitrariedad⁶²”.

Respecto del contenido del análisis de razonabilidad, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que “el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador⁶³”. Cabe agregar que la razonabilidad debe incluir una coherencia interna con el ordenamiento jurídico para ajustar las eventuales diferencias al respeto de los derechos fundamentales; por ello se hace clave entender qué clase de teoría de la justicia sostenemos para fijar los estándares de igualdad: sólo en la medida de que podamos definir qué ordenamiento jurídico queremos (o tenemos) podemos vislumbrar qué clase de criterios definiremos para aplicar la igualdad y diferencias en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, Op. cit. p. 810.

⁶³ STC 755 y 790.

2) Proporcionalidad: La proporcionalidad es un principio que, aunque no tiene consagración constitucional, ha sido reconocido por la doctrina y los fallos del Tribunal Constitucional. Asimismo, el principio de proporcionalidad surge del artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución, “en cuanto garantía frente al legislador que puede afectar el contenido esencial de los derechos, formando parte de la dogmática de los derechos fundamentales, en que el Estado y sus órganos se encuentran vinculados por los derechos fundamentales⁶⁴”. El análisis de proporcionalidad, para efectos de analizar la constitucionalidad de un precepto legal, tiene distintas etapas, que aterrizan en tres subprincipios que lo inspiran. Aquellos comprenden: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto, es decir la proporcionalidad entre medios y fin: que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes⁶⁵. Aquello sí lo ha recogido nuestro Tribunal Constitucional declarando que “la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines

⁶⁴ NOGUEIRA, Humberto, Op. cit., p. 812.

⁶⁵ Véase STC 1254-2009 , 28, 53, 219.

objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados⁶⁶. Entonces, la diferenciación que establece nuestro Código Civil en el artículo 102 en cuanto “es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”, ¿sería razonable y proporcional en virtud a los principios de la igualdad que sea exclusivo entre un hombre y una mujer según nuestro ordenamiento jurídico?

2.4) Conclusiones sobre la igualdad

La idea de la igualdad se ha fijado aquí como una condición *sine qua non* de una teoría de la justicia. Aquella teoría de la justicia fijará los valores que la institucionalidad estima relevante resguardar por los ordenamientos jurídicos y aquellos son: las libertades de las personas, la tolerancia y el pluralismo dentro de un umbral público. Estos son valores en sí mismos, por lo que todo aquel Estado que esté de acuerdo con ellos deberá protegerlos con derechos y garantías.

⁶⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional, Roles N°s 755, 790, 1138, 1140 y 1414. Para un análisis más agudo y profundo sobre la proporcionalidad véase NOGUEIRA, Humberto “El Derecho a la Igualdad ante la Ley, la no Discriminación y Acciones Positivas” Op. cit. p. 812 y ss.

Así, en los ordenamientos jurídicos, la igualdad no se estima como un valor axiológico en sí mismo sino una condición para lograr el respeto a la igualdad de derechos entre todos los habitantes de un territorio determinado. Aquella igualdad debe ser capaz de observar las diferencias que se suscitan entre las personas como el color, sexo, edad y estimarlas como relevantes, no en un plano jurídico, sino fáctico. La igualdad se ve como una ficción debido a que ella es necesaria para una teoría de la justicia que tiene como objeto el valorar las personas como un fin en sí mismo, por lo que no le interesa el sexo, color o etnia de las personas sino que agrupa a las mismas por su condición de generar deliberaciones libres a través de la razón.

En nuestro ordenamiento jurídico aquello está plenamente consagrado; a pesar de existir discrepancias sobre el fundamento de la protección de las decisiones libres de las personas (NOGUEIRA y BASCUÑÁN hablan de la dignidad como valor inherente entre las personas humanas que deben proteger y yo planteo un consenso político que establece que las diferencias entre las capacidades son mínimas y no son suficientes para que una determinada teoría de la justicia las considere relevantes), existe consenso absoluto en que debe protegerse la capacidad de las personas de tomar sus propias decisiones que configuran su identidad, como lo es la religión, orientación sexual, ideología política, etc. La igualdad en dignidad y derechos consagrada en el artículo primero de la Constitución, así como la igualdad ante la ley, promueven los espacios necesarios para la pluralidad y tolerancia en las instituciones políticas

del Estado; obligan tanto al legislador (igualdad en la ley) como a los jueces y organismos administrativos (igualdad ante la ley) a respetar un trato sin discriminación arbitraria. Sólo en la medida en que la discriminación sea razonable y proporcional podrá situarse como una diferencia aceptada por nuestro ordenamiento jurídico. Aquella debe tener siempre presente la armonía con el respeto de los derechos fundamentales de las personas, logrando un sistema institucional donde el respeto de los derechos fundamentales sea óptimo para todos o bien, que la comunidad toda gane.

Entonces, ¿qué clase de justificación existe para que no pueda existir un matrimonio igualitario?; ¿qué valores públicos y relevantes para nuestro ordenamiento jurídico son los que se trata de proteger al establecer un matrimonio esencialmente heterosexual? Desde un plano de igualdad en los derechos de las personas (y también del libre desarrollo de la personalidad) no existen mayores argumentos para establecer que exista aquella diferenciación, por lo que hasta el momento el test de razonabilidad no se estaría superando, debido a que la decisión u orientación sexual tiene que ver con que las personas puedan fijar sus propias concepciones del bien, y en este caso, el poder desarrollar una vida en pareja, a través del matrimonio, para los homosexuales, se le impide. Esta prohibición por tanto sólo se justificaría si existe un valor preponderante en nuestra Constitución, mayor aún a las personas y su realización espiritual.

No existen, entonces, argumentos suficientes para establecer una discriminación en el trato que el Estado chileno otorga a las personas del mismo sexo que se pretenden casar. Debido a que uno de los principios del Estado chileno es la consecución de la realización espiritual de las personas en un marco de tolerancia y pluralismo en la esfera pública, dicho Estado debiese ser capaz de comprender y lograr un reconocimiento de quiénes posean una orientación sexual determinada, salvo que exista algún valor predominante en nuestra teoría de la justicia, manifestada en nuestra Constitución, que impida valorar el reconocimiento de dos personas del mismo sexo que pretenden casarse. Eso es lo que se deberá esclarecer.

Así entendida la igualdad, desde un punto de vista personal, existe una diferenciación de derecho para las parejas del mismo sexo y las de distinto: unas pueden contraer matrimonio, otras no. Así, “[l]a imposibilidad de contraer matrimonio veda a los actores el acceso al goce de una multiplicidad de derechos que emergen del estatus conyugal, entre los que destacan los derechos de herencia y pensión, beneficios migratorios, posibilidad de decidir por otro en determinadas situaciones extremas, ventajas tributarias, etc. Se trata de prerrogativas sustanciales para un proyecto de vida conjunto que le otorgan un marco de protección y estabilidad”⁶⁷. Por tanto dentro, existiría una diferenciación que no satisface una teoría de la justicia, ni cumple con

⁶⁷ GIL DOMÍNGEZ, Andrés. Matrimonio igualitario y derecho constitucional: ley 26.618, Buenos Aires, Argentina, Editar, 2010. p. 63.

parámetros proporcionales y objetivos por el cual diferenciar. Como señala MERIN, “esto no se trata de derechos especiales ni de un trato especial, tampoco de una mención especial un documento o acuerdo colectivo (...) la agenda gay se trata de pertenecer y ser incluido...”⁶⁸.

3) Constitucionalismo

3.1) Los Derechos Fundamentales como criterio de legitimidad en un Estado de Derecho democrático.

Una vez atendidos los principios de libertad e igualdad en los ordenamientos jurídicos, faltaría ahora demostrar por qué deben incorporarse en el derecho positivo de un Estado y por qué el Estado tiene la obligación de respetarlos, promoverlos y garantizarlos. La idea es poder adentrarnos a los conceptos de “legitimidad de los derechos humanos⁶⁹ en los Estados de derecho” y “constitucionalismo”. Además de fijar el estándar ad-hoc para un Estado de Derecho que tenga como finalidad el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

3.1.1) La legitimidad de un Estado basada en los derechos fundamentales

En esta sección no parece existir demasiada controversia en cuanto a que los derechos fundamentales de las personas corresponden a un criterio de

⁶⁸ MERIN, Yuval. “Equality for same-sex couples”, The University of Chicago Press, London, 2002. p. 296.

⁶⁹ O bien de derechos fundamentales. En este tramo no existirá distinción entre uno u otro.

legitimidad de un Estado de derecho. Sin embargo, corresponde salir de ciertas dudas en cuanto a cómo es que se lleva a cabo la incorporación de los principios de la libertad e igualdad, además de poder vislumbrar algunos inconvenientes que tendría los derechos fundamentales para ser directriz en todo aparato político estatal.

La legitimidad de los Estados se basa siempre en los derechos fundamentales, debido a que estos son el criterio máximo de legitimidad política. En la medida de que el Estado no respete los derechos fundamentales no es un Estado legítimo ni justo, o sea, Estado de derecho. Ello debido a la potestad del Estado (la soberanía) actúa con un carácter dominador frente a sus ciudadanos; en la medida de que no existan límites frente a la capacidad de gobernar no se podrá entender un Estado de derecho.

Cabe recordar que el manejo de los Estados tiene que ver con la capacidad de gobernar y hacer efectivo el poder político del gobernante. Si se establecen órdenes políticas de manera eficiente (rápidas, concretas y oportunas) se estará en frente de un buen político. Esto es lo que trata de imprimir MAQUIAVELLO cuando establece que “es mejor ser temido que amado”. Aquello es el aspecto más crudo de la soberanía y es ésta la que está en permanente tensión con los derechos fundamentales. ¿Cómo lograr una adecuada instauración de legitimidad entre el gobernante, que mantiene la dirección de la soberanía, y los derechos fundamentales? Antes de la respuesta

a esta pregunta cabe tener presente otro matiz: y es que la positivización del derecho, en un Estado constitucional moderno, corresponde a una respuesta de un procedimiento democrático en donde los ciudadanos de un Estado participan activamente en ellas, escogiendo a los dirigentes que legislan.

Entonces la soberanía de un Estado moderno sólo se entiende en virtud de una deliberación popular. Democracia. Y los derechos fundamentales son el límite que ante aquella decisión de las mayorías⁷⁰. Por lo que el Derecho producido “debe ser legitimado como un medio para asegurar de forma armónica la autonomía de los individuos tanto en el ámbito privado como en su dimensión de ciudadanos⁷¹”. Es lo que BOBBIO llama las “reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego⁷²” (democrático). Así la tensión que existe entre la soberanía de los procedimientos democráticos y los derechos fundamentales se resuelven en un entendimiento armónico entre ambos, en donde “los derechos que hacen posible el ejercicio de la soberanía popular no pueden ser impuestos al ejercicio de la misma como restricciones externas⁷³”, sino como elementos constitutivos uno del otro. Es decir, sólo con la imposición de los derechos fundamentales se podrá lograr una soberanía legítima, y sólo con el otorgamiento de una soberanía popular se podrá dar un respeto a los

⁷⁰ Cómo se estableció con John Stuart MILL en cuanto a la “tiranía de las mayorías”. Véase nota n°7.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen. “La Constelación posnacional: Ensayos políticos”, Barcelona, España, Paidós, 2000. p. 150

⁷² BOBBIO, Norberto. “El futuro de la democracia”, Fondo de cultura económica, México D.F, 2001. p. 28

⁷³ HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 152

derechos fundamentales. La autonomía pública sólo es posible con la autonomía privada y viceversa.

Aquella forma de lograr la legitimidad de los derechos fundamentales no es otra forma de establecer los parámetros de justicia vistos en la sección del principio de igualdad. No puede verse, entonces, una idea de derechos fundamentales previos al Estado, ya que daría lugar a una restricción externa como aclara HABERMAS. Ello significa que se instaura un Estado de Derecho con pretensiones de otorgar un sistema de normas justas a su población, a través de los dos principios de justicia. Los derechos fundamentales que emanan del Estado, como una comprensión deontológica de los mismos, “se fundan, no en la naturaleza humana, sino en las necesidades de los hombres y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad⁷⁴”. Por lo que profesor FIGUEROA estaría de acuerdo en que finalmente la composición democrática del Estado es aquella que no traspase la barrera de los derechos fundamentales de las personas. En este sentido la igualdad y libertad de las personas será pieza clave en la soberanía popular del ordenamiento jurídico, y así mismo lo ha entendido nuestra Constitución al establecer en su artículo quinto que declara: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Por lo que la legitimidad de los derechos fundamentales estará sentada en la

⁷⁴ PERIS, Manuel. “Juez, Estado y Derechos Humanos” en FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Op. cit. p. 40

manifestación de una sociedad justa, con exigencias éticas sobre las personas y además en la valoración de las personas como fines en sí mismos, en donde el Estado debe estar al servicio de las persona.

La incorporación de los principios al ordenamiento jurídico es algo que debe prestarse atención, en cuanto dará mayor contundencia a que estos principios deberán ser incorporados de manera mediata e inmediata por los legisladores y los jueces de nuestro país. En este sentido es el profesor DWORKIN quién presta atención a que estos no deben escapar de la órbita del derecho. DWORKIN establece que será necesario entender los principios jurídicos, como lo es el principio de la libertad y de la igualdad, como estándares jurídicos y no como norma, “porque son una exigencia de la justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁷⁵”. Por lo que los principios jurídicos tienen una envergadura mucha más amplia e importante que las normas jurídicas propiamente tales que darán un aspecto creador de normas jurídicas, determinados derechos y obligaciones. Entonces el Derecho comprendería a los principios como normas en dos sentidos: (1) impondría a los jueces derechos y deberes jurídicos y (2) sería vinculante para los jueces en el sentido que conforma parte de los ordenamientos jurídicos.

Con ello se quiere rescatar que los principios jurídicos de la libertad y la igualdad tienen un sentido de legitimidad en los Estados modernos por dos

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 72

sentidos. En primer lugar son la base de todo sistema democrático, lo que hace que no se pueda entender la democracia sin los derechos fundamentales ni viceversa; y en segundo lugar, porque los principios, como declara DWORKIN, sí deben ser considerados como fuente de derecho. Por tanto no existiría ninguna excusa por parte de legisladores ni jueces en no aplicar estos sentidos de libertad, igualdad y justicia en nuestro ordenamiento jurídico.

3.2) Constitucionalismo

El constitucionalismo es la disciplina jurídica que establece la consagración, en los textos jurídicos, de la legitimidad de los derechos fundamentales en los Estados democráticos de Derecho. Aquella “implica esencialmente un intento de establecer el imperio de la ley con el fin de limitar el poder político, especialmente por medio de constituciones escritas⁷⁶”. Por lo que entonces se buscará la manera de poner coto a las decisiones legislativas que tengan los Estados democráticos con un sistema de control constitucional en manos del poder judicial; es decir, puede existir un Tribunal constitucional que concentre toda la protección de la Constitución (protección concentrada de la Constitución) o bien, que todo el sistema judicial sea la encargada de velar por el respeto de la Carta fundamental (control difuso de la Constitución).

Para proteger los derechos fundamentales frente al accionar del Estado se ha basado en ciertos paradigmas básicos que hacen posible una protección real

⁷⁶ RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato. “La República en Chile”, Santiago de Chile, LOM ediciones, 2006. p. 29

y eficaz de los derechos de las personas sin caer en ley muerta o algo similar. Con tales principios del constitucionalismo será más fácil darle justificación tanto a la protección judicial de la Constitución como también al respeto estricto de los derechos fundamentales⁷⁷.

En primer lugar tenemos la distinción entre el poder constituyente del pueblo, el poder ordinario del gobierno y el electorado en el espectro político común. Así el poder constituyente establece los parámetros para que el poder ordinario (del gobierno) regule, y sólo entrará nuevamente en la esfera política – como poder constituyente- cuando se haya disuelto el poder ordinario o no exista capacidad de decisión del electorado, pudiendo generar un nuevo régimen.

Aquella primera idea da pie al segundo principio en cuanto a la determinación jerárquica de las leyes. El poder constituyente dará la expresión más elevada de la ley, la Constitución, proponiendo a un Estado la más alta autoridad de la voluntad del pueblo (o nación), mientras que la ley que emana del poder ordinario (legislativo o ejecutivo) es una ley ordinaria que debe sumisión y respeto a la expresión constituyente de una nación.

En tercer lugar, se establece que la Constitución corresponde a la expresión democrática “del ideal político de un pueblo para gobernarse a sí mismo de

⁷⁷ En este sentido sigo los libros de RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato Op. cit. pp. 29 a 43 y RAWLS, John. “Liberalismo Político” Op. cit. pp. 220 a 222

cierta manera⁷⁸”. Es en este principio puede vislumbrarse de qué manera los principios de justicia y libertad pueden ir incluidos en una Carta Fundamental. Además de escoger en qué sociedad se pretende vivir, irradiando a todas las instituciones políticas los principios escogidos por el Poder Constituyente.

El cuarto principio a destacar corresponde a que los principios que escoge el poder constituyente irradian a las instituciones y al ordenamiento jurídico los derechos y garantías constitucionales más relevantes que deben ser protegidos por la Constitución. Estos elementos son los llamados *elementos constitucionales esenciales* que pueden ser las llamadas *cuatro libertades de los modernos* como lo son la libertad de conciencia, reunión, expresión y asociación; junto a la libertad de desplazamiento y elección a cargos públicos. Lo que “asegurará que las leyes ordinarias sean promulgadas de cierta manera por los ciudadanos en su calidad de personas libres e independientes⁷⁹”.

El último principio del constitucionalismo tiene que ver con la interpretación judicial de la Constitución. Aquello tiene que ver con que no puede confiarse a la mayoría del electorado la protección de la Constitución por la posibilidad latente que las mayorías aplasten a las minorías. En este sentido es la más alta autoridad de un Estado, el pueblo o nación, quién legitima el actuar de un tribunal que interprete y garantice la protección de la Constitución. Con ello garantizado existirá siempre esa esfera personal inviolable que hablaba MILL,

⁷⁸ RAWLS, John. “Liberalismo Político”, Op. cit. p. 220

⁷⁹ Ibid. p. 221

en donde las minorías no podrán ser avasalladas por la “tiranías de las mayorías”.

Estos principios corresponden a una instauración de una democracia dualista. Aquella se establece como una política normal donde de la legislación se determina por la voluntad mayoritaria que sin embargo se consagra “la revisión judicial (*judicial review*) como procedimiento legítimo que se requiere para controlar el poder de la mayoría democrática⁸⁰”. Así se desplazan otras formas de entender la democracia como lo es la democracia monista (quiénes “exigen el otorgamiento de la plena autoridad legisladora a los que ganan las últimas elecciones⁸¹”) o bien el constitucionalismo basado en los poderes políticos que se basa SCHMITT en cuanto a que la Constitución es un acto político por tanto es la esfera política, a través del presidente de la república, quién debe proteger la Constitución⁸².

Con la legitimidad del Estado democrático de Derecho basado en los derechos fundamentales, a través de la inclusión de principios en el ordenamiento jurídico y el constitucionalismo es que se puede entender de qué forma el Estado está obligado a respetar, promover y garantizar la libertad y la igualdad en el ordenamiento jurídico. Por otra parte, se deja en claro que la legitimidad de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho se

⁸⁰ RUIZ-TAGLE, Pablo. Op. cit. p. 33

⁸¹ Ibid. p. 32

⁸² Véase HERRERA, Carlos Miguel. “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, Revista de Estudios públicos, n°86, 1994.

justifican, a través de la conexión intrínseca que existe entre la conformación de una sociedad con estándares éticos mínimos, que conformarían el poder constituyente, que da paso a la Constitución, y los derechos fundamentales de las personas; lo que conlleva a que no tiene sentido atribuir los derechos fundamentales como un estándar previo o “natural”, debido a que son los mismos principios de justicia del Estado moderno que promueven, respetan y garantizan los derechos fundamentales de las personas, tanto en el ordenamiento jurídico, como la ley, como en todo el desenvolvimiento de las personas en una sociedad. Así se cierra el círculo que comprende este capítulo en cuanto a la protección de las libertades y las justificaciones dogmáticas-jurídicas que apelan a un matrimonio igualitario.

4) Conclusión

La idea de este capítulo es poder generar las bases dogmáticas constitucionales que dan pie al marco teórico de un matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido el primer paso fue dar pie a un extenso análisis a la libertad; con ello la primera conclusión a destacar es que debe entenderse la libertad desde un punto de vista negativo, es decir, la posibilidad de que nadie deliberadamente se entrometa entre los deseos de una persona y los actos que ésta tenga. Ello debido a que sólo la libertad negativa otorga las condiciones posibles para una sociedad pluralista en donde todos sus individuos puedan desenvolverse según su personalidad y sin interferencias de

valores externos. A *contrario sensu* en la medida de que la autoridad establezca los paradigmas de libertad (de conciencia, desarrollo de personalidad, pensamiento, etc.) no existirían mecanismos que otorguen un límite al Estado en su actuar, por lo que necesariamente decantará en formas de restricción a la intimidad de las personas sin poder llevar a cabo sus auténticos proyectos de vida.

Aquél concepto de libertad se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un estandarte básico dentro de nuestra Constitución. En el artículo 19 n°4 se consagra la construcción dogmática del “libre desarrollo de la personalidad humana” que abiertamente defiende el profesor HERNÁNDEZ, y en el artículo 19 n°7 se desarrolla la protección de la libertad en su sentido amplio según lo señalado por el profesor RIBERA. Con los enunciados, y en especial el que consagra “el respeto y protección a la vida privada y su familia”, se pretende proteger una esfera íntima de las personas en donde las mismas puedan deliberar, sin restricciones, qué clase de vida llevar, promoviendo en la comunidad política espacios de diversidad y pluralismo. Esta es la razón de ser del artículo primero de nuestra Constitución que expresa que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Con ello claro, nuestro ordenamiento jurídico pretende otorgar a las personas el derecho de poder ejercer libremente sus concepciones de vida realzando la libertad negativa. Ella sólo podrá limitarse si es que existen otros

valores igual de importantes en juego a través de una fórmula donde se consagre el mayor rango de libertad a la sociedad toda. Por lo que el Estado está obligado a respetar los espacios de las personas en cuanto a desarrollar las distintas actividades según sus diversas concepciones. Entonces, “lo que dos personas hagan entre sí con su sexo sin dañar a terceros ni ofender la moral pública es cosa de su privacidad, y toda constitución democrática obliga a reconocerla y a respetarla⁸³”.

Un segundo aspecto de este capítulo fue establecer la construcción dogmática de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar debemos analizar que la igualdad no se erige como un elemento axiológico como lo es la libertad, sino que la igualdad pretende ser un mecanismo instrumental para efectos de consagrar una teoría de la justicia a favor de los ideales que una sociedad se autoimpone. En este sentido se analizaron los dos principios de justicia de la “Teoría de Justicia” de RAWLS. Un primer sentido se destacó la idea de que todos merecen gozar de las mismas libertades en un sistema político en donde el esquema permitiese la repartición de bienes primarios, o libertades básicas, de forma igualitaria; en un segundo sentido se destacó el principio de diferencia: en donde las diferencias que existan entre unas personas y otras, permiten un esquema de libertades más beneficioso a toda la comunidad política. Por ello se estableció que la Constitución promoverá a todas las instituciones sociales básicas una repartija de libertades básicas

⁸³ Gil, Andrés. Op. Cit. p. 56

capaz de generar un Estado de Derecho justo. En este sentido la igualdad dentro del ordenamiento jurídico no se basa en una manifestación axiológica sino casi empírica: todas las personas tenemos la capacidad de poder deliberar libremente sobre el qué hacer con nuestras vidas, por lo que carece de sentido que nuestras leyes propongan distintas formas de regulación en virtud a distintas personas.

Existe otra arista dentro de la igualdad en el aparato jurídico. Y es que la igualdad no debe ser interpretada como una abstracción ficticia en cuanto elimina las profundas diferencias que pueden existir producto de la libertad de buscar una identidad en las personas. Es decir, la igualdad debe ser capaz de poder reconocer las diferencias que existen entre las personas para promover un desenvolvimiento jurídico mucho más justo e igualitario.

Desde este plano la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico se establece como uno de los principales principios jurídicos. Así se consagra en nuestro numeral primero que consagra que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, además del artículo 19n° 2 que consagra la igualdad ante la ley. Ello quiere decir que tanto el legislador como el juez deben promover una igual consideración en las personas tanto en la actividad legislativa como en la judicial. Lo que no significa que hacer diferencias sea arbitrario, más bien lo que se plantea es establecer rangos de razonabilidad y proporcionalidad que se estimen convenientes para que la ley establezca

diferencias de trato en las personas, así estos criterios, estimados por nuestro Tribunal Constitucional, serán los encargados de poner en rigor los principios de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico.

Con la igualdad como eje central de nuestro ordenamiento jurídico cabe ahora preguntarse: en virtud de qué valores, si es que entendemos la libertad como el punto clave dentro de nuestro aparato estatal, se puede impedir que dos personas del mismo sexo tengan una restricción en su forma de convivir o bien casarse. Si el matrimonio es una consolidación pública de la esfera de la intimidad, qué impide negar tal forma de reconocimiento al Estado si las personas tienen derecho a una igualitaria distribución de libertad en donde puedan desarrollar sus propias concepciones de vidas. Si la homosexualidad es uno de los asuntos más íntimos de las personas, qué valores públicos se pueden reclamar para no permitir que el Estado haga un reconocimiento expreso a tal concepción de vida. Hasta el momento a través del punto de vista de las personas no existe justificación del Estado, ni siquiera a través de su ponderación de razonabilidad y proporcionalidad, de realizar tal discriminación.

El último aspecto a destacar es de qué manera los derechos fundamentales de las personas se coordinan con la institución de la soberanía y cómo los derechos fundamentales pasan a ser el punto máximo de legitimidad en cualquier Estado que se hace llamar *de Derecho*. Así DWORKIN nos enseñó en su libro “Los derecho en serio” de qué forma los principios pasan a ser punto

clave y preponderante en una teoría del Derecho, por lo que la igualdad y la libertad también serían fuente tanto para legisladores como jueces, es decir, obligan. Por otra parte HABERMAS establece la necesidad de entender los derechos humanos como la legitimidad del Estado moderno constitucional, en cuanto a pesar de encontrarse en constante tensión con la soberanía de un Estado, la autonomía pública no puede entenderse sin la autonomía privada porque una es correlato de la otra por lo que una es una condición sine qua non a la otra. Ello quiere decir que aquí no se le otorgan a los derechos fundamentales un carácter previo al Estado, sino más bien una condición de ética social en donde los derechos humanos pasan a ser el punto de total convergencia Estado.

Aquello nos da las luces necesarias de que cualquier Estado que tenga los derechos humanos por delante debe exigirse que mediante su actividad legislativa promueva, proteja y garantice los derechos fundamentales. Por lo que un matrimonio igualitario, a la luz de la protección de las personas, debe ser legislado debido a que sólo con la legislación del mismo se podrá dar seguridad jurídica a quienes desean vivir su concepción de vida, sólo una regulación podrá dar igualdad jurídica entre una persona homosexual y una que no lo es. La cuestión es ¿Qué clase de valores podrían establecerse para que aquella justificación en torno a la libertad e igualdad del matrimonio homosexual no sea válida? ¿Qué argumentos podríamos sentar como razonables para pensar que es imposible amparar, a través de la Constitución, un matrimonio

entre personas del mismo sexo? ¿Qué valores se estarían privilegiando si se mantiene el actual artículo 102 de nuestro Código Civil?

CAPÍTULO II.- “FAMILIA”

Como se vio en el último capítulo, desde la perspectiva de la persona, como titular de derechos fundamentales que son garantizados por el Estado, no existe mayor impedimento para poder llevar una vida en pareja con una persona del mismo sexo. Es más, desde la perspectiva de la libertad e igualdad, el Estado debiese promover –porque respeta y garantiza el desarrollo espiritual de todos sus habitantes- que puedan llevarse a cabo la mayor cantidad de proyectos de vida individuales y familiares posibles, salvo si en aquella esfera de protección a la intimidad de las personas, se violen principios públicos fundamentales para nuestra sociedad que impida el desarrollo de nuestra teoría de la justicia amparada en nuestra Constitución.

Es precisamente éste el argumento en contra de una legislación a favor del matrimonio igualitario: la familia constituye el núcleo fundamental de la sociedad que el Estado ampara y protege según su numeral primero en nuestra Carta Fundamental, por lo que si se legislará a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo existiría una violación a la Constitución debido a que este matrimonio destruiría el concepto familia. En este punto del argumento en contra –que más tarde se analizará en profundidad- la familia corresponde, para el ala conservadora, a una fundada en el matrimonio esencialmente entre un hombre y una mujer, excluyendo toda otra posibilidad de composición familiar. En la medida de que exista matrimonio, arguyen, existiría familia. Por tanto, si el

matrimonio es esencialmente entre un hombre y una mujer (art. 102 del Código Civil) sólo éste podría ser el *título* de la familia.

Entonces la problemática es la siguiente: ¿qué finalmente se establece como familia en nuestra Constitución y nuestro ordenamiento jurídico? ¿Es capaz la familia constitucional ser la institución que impida que dos personas, libres e iguales en derechos, puedan llevar a cabo su proyecto de vida que implique una vida juntos y que ello no sea reconocido por el Estado? ¿La familia constitucional chilena sería la piedra de tope para impedir la igualdad de la capacidad jurídica civil de los homosexuales en poder contraer matrimonio? Para tener esto claro habrá que centrarse entonces en si la familia es (o no) una institución social que sólo permite la unión del matrimonio como vínculo legítimo.

1) Introducción al concepto de familia

A lo largo de la historia podemos encontrar distintas formas de expresión de la familia, en donde el concepto varía según aspectos tanto geográficos como culturales. Por ello, establecer una definición de familia resulta complicado: ¿es posible aglutinar, a lo largo del tiempo y las culturas, elementos comunes y transversales que nos lleven a una idea de familia? Y si es así, ¿qué clases de elementos serían éstos? ¿Existen elementos que nos hagan asumir que la familia es una institución en que, a pesar de que muta, permanece una esencia indestructible en el tiempo y las culturas? Para ello es necesario, en primer

lugar, preguntarse si existe un “concepto” en las ciencias sociales. Ello quiere decir que se hace relevante investigar desde un punto de vista histórico qué es familia, qué clases de familia podemos observar en la historia y si ha existido mutaciones a lo largo del tiempo. Con esto se hace mucho más sencillo entrar a las ciencias jurídicas y ver de qué manera esta rama de las ciencias sociales ha podido responder a nuestras interrogantes. Esto en concreto pretende responder a cómo se ha tratado en doctrina comparada y nacional el concepto familia, concluyendo si es posible encontrar una definición de familia en nuestro ordenamiento jurídico.

La postura del capítulo entiende que la familia no es un concepto neutro ni pasivo, por lo que nutrirlo de contenido (dogmático) tendrá efectos en el diario vivir de cada uno de los chilenos; las asignaciones familiares, las pensiones alimenticias, la violencia intrafamiliar son problemas que involucran diariamente a los chilenos por lo que se verá directamente afectado, por ejemplo, un matrimonio que sí es considerado familia o una pareja homosexual que no es considerada como tal, o, como pretende este capítulo ¿es posible entender un eventual matrimonio entre personas del mismo sexo como familia? Por tanto, es sumamente relevante para nuestra sociedad ponernos de acuerdo respecto de a qué exactamente se refiere nuestra Constitución cuando señala que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Ello tendrá implicancias inmediatas en el mundo del Derecho debido a que nuestra Constitución no sólo la reconoce como el núcleo fundamental de la sociedad sino que el Estado le debe

protección y promueve su fortalecimiento. Entonces, por ejemplo, ¿los legisladores podrán legalizar el matrimonio igualitario en virtud de dicho mandato constitucional?, ¿es posible la adopción en parejas del mismo sexo con este concepto de familia?, ¿se fortalecería la familia si es que se legisla en torno a las parejas del mismo sexo? El realizar un análisis exhaustivo y profundo sobre las consideraciones jurídicas de la familia a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico, con un contraste de nuestra realidad social, hará posible responder cada una de estas preguntas y proyectar nuevas discusiones del Derecho de familia y sus ramas. Ése es el propósito del capítulo.

Conviene comenzar preguntándose ¿cuál es el panorama general frente a la interrogante qué entendemos por familia? En este punto existen dos marcadas vertientes: (1) aquella que sostiene una posición conservadora de familia y sólo la reconocer cuando existe, única y exclusivamente, el matrimonio; (2) aquella que estima que la familia se funda en aspectos comunes que una sociedad distingue como familia, por lo que se hace difícil una definición sin imposibilitar la aprehensión del fenómeno social por parte del Derecho. En este trabajo estudiaremos, analizaremos y criticaremos cada una de dichas vertientes para definir la conclusión del capítulo.

El capítulo está estructurado de la siguiente forma y con los siguientes objetivos: (1) identificar un concepto de familia a través de elementos etimológicos e históricos, y clasificar tal concepto; (2) describir nuestra realidad

nacional y revisar si es compatible con los conceptos analizados sobre familia; y
(3) analizar la familia desde las ciencias jurídicas para dar lugar a una conclusión que pueda responder las interrogantes expuestas en la introducción.

2) Concepto de Familia

2.1) Familia desde la etimología

Para ayudarnos a comprender de qué hablamos cuando hablamos de familia, como respecto de cualquier otro concepto, el primer acercamiento suele ser etimológico.

Para RAMOS PAZOS, familia proviene de *famulus* derivado del osco *famel* que quiere decir “siervo”, y “más remotamente del sánscrito *vama*, hogar o habitación, significando, por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor en la casa”⁸⁴. Para el jurista entonces la familia consistiría en todos quiénes moran en el mismo techo, según su interpretación etimológica. Hernán CORRAL no es tan categórico en buscar el significado de familia en su origen etimológico: en su entender, existen muchas teorías respecto de dicho origen y cada una con distintas conclusiones. Una de ellas es que la familia proviene del concepto *dha* (asentar) y *dhman* (asiento, morada, casa); “bienes pertenecientes a esa casa, vale decir, el patrimonio”⁸⁵. Otra de las

⁸⁴ RAMOS PAZOS, René, “Derecho de Familia Tomo I”, 6° Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 9.

⁸⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho”, en: Revista Chilena de Derecho, 17 (s/n), 1990, p. 36.

teorías que expone CORRAL es que la familia proviene del concepto *fames*, que quiere decir “hambre”, es decir la familia se concibe para satisfacer esta primera necesidad. Expone también el origen indicado por RAMOS PAZOS, es decir, que el término familia proviene de *famulus* que “se designaba a los que moraban con el señor de la casa y particularmente a los esclavos”⁸⁶.

La primera observación respecto de la etimología es que la familia involucra a las personas que viven dentro de una morada y los objetos que se poseen dentro de ella. Ello habla de un concepto que se repetirá cuando se observe el bosquejo histórico de la familia: el *oikos* o el concepto hogar y la religión como fundamento de la familia.

2.2) Introducción histórica a la familia

La familia es un fenómeno social y antropológico sumamente complejo que ha tenido diversas mutaciones a lo largo de la historia. Mi objetivo en esta sección es demostrar que describir a la familia como algo estático es un error. Pretendo formular una mirada crítica a la concepción de familia occidental cristiana y mostrar que los fundamentos de la familia (matrimonial) tradicional en tiempos pretéritos eran muy diversos a los actuales, no siendo posible concebir una única clase de familia porque ella está sujeta a modificaciones sociológicas⁸⁷. Con ello podremos analizar si es posible que en la esfera

⁸⁶ Ibid. p. 37.

⁸⁷ MERIN, Youval. Op. cit. p. 9.

jurídica exista una concepción de familia a la cual obedecer, respetar y garantizar.

La diversidad de concepciones de familia a lo largo de la historia ha sido extraordinaria. Es por ello que considerarla un fenómeno pétreo parece inadecuado. Así, ENGELS señala que “La familia (...) nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado bajo a otro más alto⁸⁸”. Esta advertencia debe mantenerse siempre presente durante este capítulo, pues se podrán ir identificando diversos fundamentos de la familia a lo largo del repaso histórico y jurídico.

La familia en el Occidente ha tenido, desde sus orígenes, como principal componedor el matrimonio. Sin embargo, aquel concepto se aleja bastante de la justificación basada en el amor platónico que tomó el cristianismo para poder someter el amor al amparo de dios⁸⁹. ENGELS clasifica las nociones de familia, según su evolución, en tres, las que tienen distintas formas de concebir el matrimonio.

- a) Familia consanguínea: consistía en situar a los integrantes en virtud de su generación. Así existían los abuelos, los hijos y los nietos. Todos los consanguíneos de la misma generación se casaban, siendo cónyuges

⁸⁸ ENGELS, Federico. *“El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado en Obras Escogidas”*, Moscú, Rusia, Editorial Progreso, 1966. p. 201.

⁸⁹ MERIN, Youval. Op. cit. pp. 12-14.

unos con otros⁹⁰. Aquí, por tanto, la única exclusión del “tránsito sexual” es entre descendientes y ascendientes, es decir, entre padres e hijos o bien, abuelos e hijos, como también, abuelos y nietos. Así, el vínculo de los hermanos no sólo estaba aceptado sino que era obligatorio.

b) Familia punalúa: consistía en excluir a los hermanos como posible pareja sexual. Lo que las sociedades tribales hicieron fue limitar la reproducción consanguínea, por lo que “debieron desarrollarse de una manera más rápida y más completa que aquellas donde el matrimonio entre hermanos y hermanas continuó siendo una regla y obligación”⁹¹. He aquí una de las razones por las cuales nace el concepto de *gens*⁹².

c) Familia sindiásmica: es aquella que se forma en un régimen matrimonial durante un tiempo prolongado, donde el hombre tenía una mujer principal quien era su esposa entre todas las demás. Aquí la familia se compone a partir de un hombre y una mujer de distinta *gens*, por lo que el matrimonio constituye una forma de unir dos familias totalmente distintas.

Así, la familia monógama tradicional es producto de una evolución histórica. Pese a que ello no nos entrega una visión concluyente sobre nuestra hipótesis, sí podemos rescatar que a lo largo del tiempo la familia ha estado en constante

⁹⁰ ENGELS, Federico Op. Cit. pp. 207-208.

⁹¹ Ibid. p. 209.

⁹² Véase DE COULANGES, Fustel. “La Ciudad Antigua”, 3º Edición, Buenos Aires, Argentina, Emece editores, 1945. pp.175-182. La gens se sitúa, según DE COULANGES, como la semilla de la familia; como aquella que conservaba su unidad en torno a la religión.

cambio. Tenemos, entonces, un primer argumento para afrontar las visiones del concepto de familia como proveniente exclusivamente del matrimonio.

Con una institución monogámica más o menos establecida, la pregunta sobre cuál es el fundamento de la familia es clave para poder analizar su concepto y naturaleza. Entonces, la idea es resaltar no la que el matrimonio ha estado a lo largo de la historia sino que el fundamento del matrimonio ha sido diverso en el transcurso de las épocas por lo que no existe una conexión *sine qua non* entre matrimonio y familia.

En la antigüedad, el parentesco era un factor importante para constituir la familia, pero no era ni el central ni el determinante: las hermanas cuando se casaban pasaban, una vez casadas, a ser de otra familia (de lo cual es herencia el utilizar los apellidos del marido en la mujer una vez casada), o bien los hermanos al independizarse del padre pasaban a constituir una familia distinta a la del padre; igualmente los adoptados que entraban a la familia pasaban a ser un hijo más de la misma. Tampoco es el elemento afectivo el fundamento que impulsaba a la familia antigua, ya que existían matrimonios en virtud de los negocios entre las familias. Algunos señalan que el fundamento de la familia era a la autoridad del padre. Sin embargo, a pesar de que ello podría ser correcto, Fustel DE COULANGES indica que “lo que une a los miembros de la familia antigua es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la

fuerza física: es la religión del hogar y de los antepasados”⁹³. Así, DE COULANGES señala que “la familia era un grupo de personas al que la religión permitía invocar al mismo hogar y ofrecer la comida fúnebre a los mismos antepasados”⁹⁴. Con ello queda claro que la familia pasa a ser una liturgia que poco tiene que ver con el amor o con el parentesco, sino más bien con la creencia a un culto. Por ello, el hogar se transforma en algo muy importante: pasa a ser el recinto sagrado de la familia, allí se convoca y se pertenece la familia (con sus antepasados). Así, entonces, convergen las visiones etimológicas que ven a la familia como los objetos del hogar o el patrimonio: no es que las *cosas del hogar* sean en sí misma objetos y parte de la familia, sino que la religión y el culto a los antepasados hacían que la casa sea un lugar sagrado por lo que todo lo que la involucra a ésta es considerado familia.

Una posición histórica diversa es aquella que otorga a la familia un fundamento económico. Para FOUCAULT la familia griega clásica se constituía en virtud del hogar (*oikos*), es decir, un fundamento que se orienta a unir lazos económicos y sociales en torno al *oikos*. En consecuencia, el funcionamiento del hogar (el ganado, las hortalizas, la conservación de la comida, etc.) funcionará de manera óptima para que, luego de ello, la descendencia pase a ser algo primordial en el fundamento de la familia. ARISTÓTELES, en

⁹³ Ibid. p. 106.

⁹⁴ Ibid. p. 107.

concordancia, describe la familia como “la comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas”⁹⁵.

La relación marital y sus obligaciones de monopolio sexual son construcciones sociológicas post-cristianismo; “[el] matrimonio Greco-romano no se involucra con la satisfacción erótica, ni la fidelidad sexual o la realización amorosa”⁹⁶. De acuerdo a FOUCAULT, la moralidad sexual de los griegos dentro del matrimonio no estaba en un primer momento en la monogamia, porque la satisfacción sexual del marido se veía complacida por la cortesana. Así, las personas dentro de la familia no sólo serían el padre, madre e hijo sino que también son parte de la familia los esclavos, concubinas y criadas; por eso DEMÓNESTES señala que “las cortesanas existen para el placer; las concubinas, para los cuidados cotidianos; las esposas, para tener una descendencia legítima y una fiel guardiana del hogar”⁹⁷. En el mismo sentido ULPIANO explica que en la familia “se comprenden las personas y las cosas”⁹⁸ incluyendo a todos quienes habitan la casa, entre ellos, las concubinas, criados, criadas, esclavos, etc.

⁹⁵ ARISTÓTELES. “*La política*”, 1252 b, trad. J. Marías y M. Araujo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, España, 1970 pp. 2-3.

⁹⁶ MERIN, Youval. Op.cit. p. 17.

⁹⁷ DEMÓNESTES, *Contra Neera*, 122. En FOUCAULT, Michel. *La historia de la sexualidad. Tomo II: El uso de los placeres*, 30ª Edición, Madrid, España, Siglo XXI, 2006 p. 157.

⁹⁸ ULPIANO (D.50.16.195) en CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. cit. p. 37.

En los distintos períodos de la historia el énfasis en torno a la familia ha cambiado desde un asunto privado a uno público o viceversa⁹⁹. Así, en la Edad Media, la composición familiar se basó en asuntos económicos y políticos, siempre y cuando existiesen asuntos de propiedad y riqueza en juego; de lo contrario, era una cuestión meramente personal entre el marido y la mujer. Sólo en el siglo XVI la Iglesia Católica reglamentó el matrimonio, situándolo como un aspecto público, en el Concilio de Trento de 1563, declarando que el principal objetivo del matrimonio era la propagación y la crianza de los hijos¹⁰⁰.

Así, parece ser que la conclusión sobre la indisolubilidad el vínculo entre matrimonio y familia desde un punto de vista histórico parece antojadiza por dos aspectos: en primer lugar, la idea de matrimonio no puede ser catalogada como la misma a lo largo del tiempo; sólo a partir del siglo XVI se entiende el matrimonio para fines procreativos y sólo a partir del siglo XIX podemos entender el matrimonio basado en el amor, observándose, entonces, que la idea de matrimonio ha mutado. En segundo lugar la idea de familia y su fundamento a lo largo de la historia ha ido en constante cambio, preponderando aspectos económicos o bien religiosos. Sin embargo, CORRAL destaca como “hechos fundamentalmente ligados a la constitución de la familia: el matrimonio y la filiación¹⁰¹”; a pesar de que también incluye en su idea de familia el *oikos*, las cosas y el patrimonio. En este sentido, su conclusión no contempla a todas

⁹⁹ MERIN, Youval. Op. Cit. p. 10.

¹⁰⁰ Ibid. p. 11.

¹⁰¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 39.

las personas que viven bajo el mismo techo y las cosas que involucran el hogar, como lo fundamental de la familia. Por otro lado, si bien el matrimonio es un acto constitutivo de familia, se discrepa de su rol como fundamento de la misma, debido a que, como se pudo apreciar, es la religión y la constitución de un nuevo hogar (como función económica) lo que ha fundamentado la constitución de una nueva familia. Por ejemplo, la emancipación familiar y la adopción son dos formas no matrimoniales ni filiativas (naturalmente) de constituir una nueva familia que CORRAL pasa por alto, sin explicar por qué aquí sí se constituye familia sin el “título” del matrimonio.

Si bien es claro que el matrimonio a lo largo de la historia occidental ha servido como una base constitutiva de la familia, aquí se plantea que fusionarla intrínsecamente con su concepto es un error. La breve explicación de los orígenes de la familia en el occidente nos da matices sobre el concepto de familia, por lo que parece ser un error tratar de poder petrificarla en base al matrimonio: todo matrimonio es familia pero no toda familia es matrimonio.

Como hemos visto, la familia ha sufrido múltiples evoluciones a lo largo de la historia, por lo que se hace extremadamente difícil poder conceptualizar (y con ello fosilizar) un fenómeno sumamente mutable a lo largo del tiempo. Es el mismo planteamiento de COLOMBET, quien estima que “resulta vano determinar los contornos de una institución demasiado evolutiva como la familia”¹⁰². A

¹⁰² Ibid.

pesar de ello, si en el orden jurídico se tratara de conceptualizar a la familia, aquel concepto debiese, al menos en la teoría, ser capaz de entender los dinamismos de la sociedad, de modo tal de no generar tensiones entre las tendencias sociológicas de la familia y un sistema jurídico incapaz de poder aprehenderlos.

La cuestión es ahora la siguiente: si existiese una definición jurídica de familia –a pesar de que según mi apreciación fuese un error- debiésemos acatar dicha definición¹⁰³. En consecuencia, es necesario adentrarse al mundo jurídico a observar si existe o no tal definición. Sin embargo, antes de ir a la realidad jurídica es menester observar la realidad fáctica: ¿qué fenómeno de familia se está viviendo en Chile? La respuesta a esta pregunta nos permitirá contrastar ambas realidades. Enmarcaremos la respuesta a dicha pregunta en una tipología o clasificación de las familias.

2.3) Clasificación de familias¹⁰⁴.

La composición familiar puede clasificarse en tres elementos: parentalidad, conyugalidad y consanguinidad. Aquella composición se traduce en las siguientes ramas de familia:

¹⁰³ En una visión positivista kelseniana del Derecho.

¹⁰⁴ En este sentido se sigue la Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales GARCÍA ACUÑA, Natalia. *“El concepto de familia en la Constitución”*. Profesor guía: Pablo Ruiz-Tagle. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2009. pp. 16-18.

a) La familia nuclear: integrada por una pareja con o sin hijos, o que uno de los miembros (o ambos) tengan sus propios hijos. Así podríamos clasificarlas en:

- Simple: compuesta por una pareja (casada o no) sin hijos.
- Monoparental: integrada por uno de los padres y uno o más hijos.
- Biparental: padre, madre e hijo(s) común(es).
- Reconstituída o ensamblada: pareja con uno o más hijos no comunes (que puede además tener hijos en común).

b) Familia extensa: constituida por parejas con o sin hijos y por otros miembros parientes o no de la pareja misma. Se distinguen:

- Simple: una pareja con otros parientes.
- Monoparental: Integrada por un padre o madre, con uno o más hijos, y otros parientes. Por ejemplo: la madre, la abuela y el hijo.
- Biparental: integrada por madre, padre e hijo(s) y otros parientes.

c) Tipos de unión de pareja como causa generadora de la familia: se clasifica la familia en virtud del tipo de vínculo de la pareja. Así, existe la familia:

- Matrimonial: compuesta por el matrimonio que deriva (o no) descendencia.

- De hecho¹⁰⁵: es la familia formada por la unión de un hombre y una mujer sin vínculo de matrimonio, con o sin descendencia.

d) Identificación sexual de la pareja: la pareja puede ser heterosexual y homosexual.

En esta breve presentación sobre la clasificación de familia quedan afuera otras formas de constituir familia. Por ejemplo ¿alguien podría dudar que unos hermanos, sin pareja, que viven en una casa en común no sea una familia? O bien, como señala Gonzalo FIGUEROA, quien defiende las familias abiertas y todas sus formas de manifestación, la familia nuclear biparental en la cual fallecen la madre y el hijo quedando sólo el padre ¿deja de ser familia? Por lo que queda más clara aún la idea de que la familia es un concepto más bien dinámico y relativo y que, a pesar de ello, podemos identificar una serie de elementos en común que dan pie a la constitución de la misma.

A continuación revisaremos cómo se manifiestan las clasificaciones de familia en nuestra realidad nacional.

En nuestro país se ha argumentado que el matrimonio es inseparable del concepto de familia. Por tanto, cualquier tipo de legislación en torno a la modificación del matrimonio (sea divorcio o sea matrimonio entre personas del mismo sexo), al ser indisoluble a la familia, sería una violación a nuestra

¹⁰⁵ La idea de familia de hecho se entiende en virtud de que, hasta el momento, existen ciertas composiciones familiares no reconocidas por el derecho, es por ello que se la entiende “de hecho” en contraste a la reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico.

Constitución, o sea, inconstitucional debido a que atenta contra el concepto de familia que la constitución ampara¹⁰⁶. Sin embargo, hasta el momento hemos podido observar cómo la familia, a lo largo de la historia, ha ido modificándose y que, con la complejidad de nuestra sociedad hoy en día, la familia tiene muchas más formas que las que tenía hace al menos 10 años. Lo que planteo en esta sección es que la conceptualización de la familia (conservadora), basada exclusivamente en el matrimonio, no es compatible con los cambios sociales actuales; dicho concepto no alcanzaría a aprehender la realidad nacional. Si la familia es el matrimonio ¿dónde quedarían los padres y madres solteros, los padres y madres por fertilización artificial sin contraer matrimonio, las parejas de hecho, las parejas homosexuales, etc.? Todas estas realidades quedarían expulsadas de la protección jurídica de la familia. Así, estas formas de llevar un proyecto de vida no alcanzan “los valores familiares” que la un sector de la doctrina promueve en nuestra sociedad, lo que hace preguntarnos “¿qué formas de relación han de ser designadas y cuáles no?, ¿cuáles son las normales y cuáles constituyen una desviación, cuáles merecen la protección estatal, cuáles deben recibir ayuda económica?”¹⁰⁷. Estas preguntas son claves para nuestro trabajo.

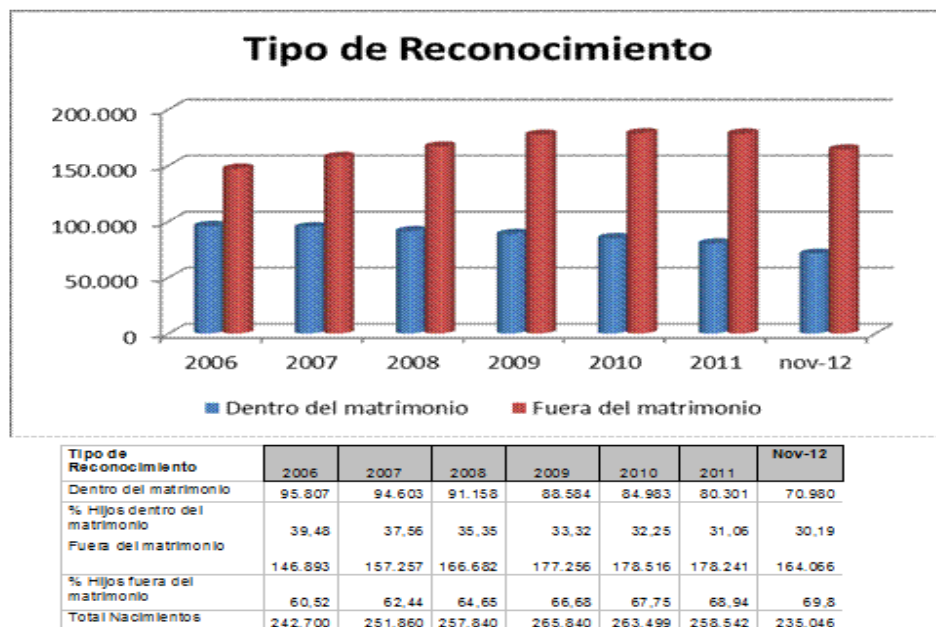
Antes de contestarlas es menester entender nuestra realidad chilena y determinar estadísticamente cuántos casos concuerdan con la “familia”

¹⁰⁶ La explicación detallada de este punto se dará en las páginas siguientes.

¹⁰⁷ BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. “La reinención de familia: En busca de nuevas formas de convivencia”, 2° edición, Barcelona, Paidós, 2003. p. 12.

conservadora que promueve un sector de la doctrina nacional, y cuántos casos quedan fuera de ella

Tabla n°1:



Queda de manifiesto que al menos en los números no existe una correlación entre el comportamiento de la sociedad chilena y la unión indivisible entre familia y matrimonio. Ello debido a que según los antecedentes que nos entrega el Registro Civil, sólo el 31.06% de los niños nacidos el 2011 son dentro del matrimonio¹⁰⁸; es decir, casi 7 de cada 10 nacidos en el 2011 son de padres

¹⁰⁸ Tabla n°1. Véase en www.registrocivil.cl sección "estadísticas". [revisado 11-09-2012]

no casados. La mayoría de las familias en Chile no entiende que el matrimonio es la forma “esencial” de procreación.

En efecto, se cuestiona fuertemente, desde una perspectiva sociológica, que podamos seguir denominando a la familia sólo aquella constituida por el matrimonio. Al menos en Chile, el 68.94% de los niños que nacen son extramatrimoniales, por lo que no sé sabe exactamente cómo, si no es por una familia que se desligue del matrimonio, ordenar a esta población de hijos extramatrimoniales. Por otra parte tenemos los antecedentes de la encuesta CASEN del 2011 y el CENSO 2012 que establecen la composición familiar de los hogares chilenos de acuerdo a si son monoparentales o biparentales, quién es el jefe del hogar, etc. En dichos estudios se utiliza el concepto de “hogar” y no de “familia” debido, quizás, precisamente, al debate en torno al concepto de familia. Así “el hogar no se restringe al núcleo familia, pues incluye a todos los miembros que aportan sus recursos y capacidades para llevar a cabo las tareas de producción y consumo necesarias para su mantenimiento cotidiano¹⁰⁹”. Así en Chile existen, según la encuesta CASEN 2011¹¹⁰, 16.907.007 personas, de las cuales se componen familiarmente (o por hogar) de la siguiente forma:

¹⁰⁹ GARCÍA ACUÑA, Natalia. Op. cit. p. 16.

¹¹⁰ Ministerio de Planificación, Gobierno de Chile. “Encuesta de Caracterización socioeconómica nacional” obtenida en la página web: <http://www.mideplan.gob.cl/casen/Estadisticas/demografia.html> [consultado 07-04-2013]

Tabla n°2:

CASEN 2011				
HOGARES POR SEXO DEL JEFE DE HOGAR SEGÚN REGIÓN Y TIPOLOGÍA DEL HOGAR ¹				
Región	Tipología del Hogar	Sexo Jefe Hogar		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Unipersonal	256.457	306.957	563.414
	Nuclear simple incompleto	79.036	620.851	699.887
	Nuclear simple completo	1.925.447	352.864	2.278.311
	Nuclear extenso simple	292.743	276.623	569.366
	Nuclear compuesta	320.516	173.015	493.531
	Extenso compuesto	58.961	47.178	106.139
	Extenso multiple	100.012	140.168	240.180
	Censal	8.174	7.888	16.062
	Total	3.041.346	1.925.544	4.966.890

¹ Los resultados se obtienen utilizando factor de expansión expr_r2.

Nota: Para evaluar la precisión de las estimaciones se recomienda, entre otros, considerar el número de casos en cada celda. Estimaciones en base a celdas con más casos tienen mayor precisión que aquellas en base a celdas con menos casos. La literatura especializada considera los siguientes rangos para los tamaños muestrales: "50 casos y más", "entre 20 y 49 casos", y "menos de 20 casos". Ver referencias adicionales en "Sampling Errors in Household Surveys", United Nations, New York, 1993 (pág. 179).

Fuente: Encuesta Casen 2011, Submuestra Noviembre 2011-Enero 2012, Observatorio Social, Ministerio de Desarrollo Social.

Tabla n° 3:

CASEN 2011				
HOGARES POR SEXO DEL JEFE DE HOGAR SEGÚN REGIÓN Y ESTADO CIVIL DEL JEFE ¹				
Región	Estado Civil	Sexo Jefe Hogar		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Casado(a)	1.998.208	311.990	2.310.198
	Conviviente/pareja	561.796	183.414	745.210
	Anulado(a)	3.754	10.731	14.485
	Separado(a)	120.281	386.689	506.970
	Divorciado(a)	17.684	61.597	79.281
	Viudo(a)	109.554	444.869	554.423
	Soltero(a)	230.069	526.254	756.323
		Total	3.041.346	1.925.544

¹ Los resultados se obtienen utilizando factor de expansión expr_r2.

Nota: Para evaluar la precisión de las estimaciones se recomienda, entre otros, considerar el número de casos en cada celda. Estimaciones en base a celdas con más casos tienen mayor precisión que aquellas en base a celdas con menos casos. La literatura especializada considera los siguientes rangos para los tamaños muestrales: "50 casos y más", "entre 20 y 49 casos", y "menos de 20 casos". Ver referencias adicionales en "Sampling Errors in Household Surveys", United Nations, New York, 1993 (pág. 179).

Fuente: Encuesta Casen 2011, Submuestra Noviembre 2011-Enero 2012, Observatorio Social, Ministerio de Desarrollo Social.

Así la familia más común en Chile sigue siendo la nuclear simple completa, es decir la constituida por madre, padre e hijo, con un total de 2.278.311 hogares en Chile. Ello quiere decir que de los 4.966.890 de hogares en Chile, aproximadamente el 45.86% se funda en una pareja (no necesariamente casada) con hijos. Por otro lado, en estos hogares podemos observar el Estado Civil de estos jefes de hogares, lo que trae importantes antecedentes en torno a la familia y la investigación.

La tabla n°3 muestra que de todos los hogares chilenos, el 46.51% constituye un hogar fundado matrimonio, lo que representa un 5.38% menos que el 2009¹¹¹, un 8.1% menos respecto de 2006¹¹² y un 11.49% menos respecto del 2003¹¹³. Se puede, en consecuencia, observar una baja del matrimonio como fundamento de la construcción del hogar, concluyendo, también, que con el CENSO 2012¹¹⁴ veremos que la composición familiar en torno al matrimonio estará por debajo del 50 por ciento de los hogares chilenos, confirmando que el matrimonio se está retirando como mecanismo principal de formar un hogar (o una familia). Por otro lado tenemos el hogar (o la familia) basada en parejas convivientes: el 2011 constituían un 15.003%, con 745.210

¹¹¹ Tabla n°6.

¹¹² Tabla n°7.

¹¹³ Tabla n°8.

¹¹⁴ El CENSO 2012 señala que dentro de los 5.035.637 hogares que existen en Chile, existen 2.217.334 hogares que se constituyen como matrimonio; es decir el 44.03%. Además existen 820.189 hogares compuestas por convivientes que corresponden al 16.28% de los hogares en Chile. Véase CENSO 2012, INE, Santiago de Chile, 2012. p. 56 tomo II (tabla 11.3 Jefe(a) de hogar y otros miembros del hogar por relación con jefe(a) de hogar, según sexo y grupos de edad del jefe(a) de hogar). En: http://www.censo.cl/contenido/resultados_censo_2012_poblacion_vivienda_tomoslyII.pdf [consultado el 07-04-2013].

hogares de un total de 4.966.890, lo que se mantuvo estable comparado con el año 2009, en que la cifra fue de 666.536 familias, representando un 15.36%; en 2006 el porcentaje fue de 14.45% (626.883 familias) del total de los hogares y el 2003 de 12.89% de los hogares (532.727 familias). Así, al parecer las formas de convivencia se vuelven más frecuentes en nuestra sociedad, lo que hace preguntarnos ¿alguien podría sostener que estos 745.210 hogares (1.880.977 personas) no son familias? Y si fuese así de categórico, ¿qué clase de fenómeno social es aquello sino es familia?

Tabla n°4:

CASEN 2009				
Hogares por Sexo del Jefe de Hogar según Región y Estado Civil				
Región	Estado Civil	Sexo Jefe Hogar		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Casado(a)	2.189.669	241.975	2.431.644
	Conviviente o pareja	514.515	152.021	666.536
	Anulado(a)	1.868	11.440	13.308
	Separado(a)	110.425	309.947	420.372
	Divorciado(a)	10.756	31.389	42.145
	Viudo(a)	117.564	432.106	549.670
	Soltero(a)	190.068	371.747	561.815
	Total	3.134.865	1.550.625	4.685.490

Tabla n°5:

CASEN 2006				
Hogares por Sexo del Jefe de Hogar según Región y Estado Civil				
Región	Estado Civil	Sexo Jefe Hogar		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Casado(a)	2.176.066	192.545	2.368.611
	Conviviente o pareja	510.241	116.642	626.883
	Anulado(a)	3.231	12.474	15.705
	Separado(a)	95.329	293.568	388.897
	Divorciado	3.827	8.748	12.575
	Viudo(a)	98.423	378.251	476.674
	Soltero(a)	161.018	285.633	446.651
	Sin dato	438	632	1.070
	Total	3.048.573	1.288.493	4.337.066

Tabla n°6:

CASEN 2003				
Hogares por Sexo del jefe de Hogar según Región y Estado Civil				
Región	Estado Civil	Sexo Jefe Hogar		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Casado	2.270.183	125.656	2.395.839
	Conviviente	455.308	77.419	532.727
	Anulado	4.040	12.506	16.546
	Separado	90.452	257.304	347.756
	Viudo	84.139	340.411	424.550
	Soltero	154.174	257.159	411.333
	Sin Datos	531	1.122	1.653
		Total	3.058.827	1.071.577

En otro sentido podemos también observar la cantidad de personas casadas según los antecedentes entregados por la Encuesta CASEN de 2011 y contrastarlos con los convivientes para distinguir la proporción entre uno y otro.

Tabla n°7:

CASEN 2011				
POBLACIÓN POR SEXO SEGÚN REGIÓN Y ESTADO CIVIL ¹				
Región	Estado Civil	Sexo		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Casado(a)	2.411.562	2.413.182	4.824.744
	Conviviente/pareja	940.470	940.507	1.880.977
	Anulado(a)	6.563	15.553	22.116
	Separado(a)	242.937	519.143	762.080
	Divorciado(a)	35.440	74.388	109.828
	Viudo(a)	156.183	608.398	764.581
	Soltero(a)	4.280.099	4.318.090	8.598.189
	Total	8.073.254	8.889.261	16.962.515

¹ Los resultados se obtienen utilizando factor de expansión expr_r2.

Nota: Para evaluar la precisión de las estimaciones se recomienda, entre otros, considerar el número de casos en cada celda. Estimaciones en base a celdas con más casos tienen mayor precisión que aquellas en base a celdas con menos casos. La literatura especializada considera los siguientes rangos para los tamaños muestrales: "50 casos y más", "entre 20 y 49 casos", y "menos de 20 casos". Ver referencias adicionales en "Sampling Errors in Household Surveys", United Nations, New York, 1993 (pág. 179).

Fuente: Encuesta Casen 2011, Submuestra Noviembre 2011-Enero 2012, Observatorio Social, Ministerio de Desarrollo Social.

Los resultados muestran que la tendencia a la convivencia cada vez es mayor a lo largo del tiempo en contraposición al matrimonio que va en decadencia. Si sumamos el total de las personas casadas y que se han casado, comparado con los que conviven, en 2011¹¹⁵, obtendremos que de este universo total (8.364.326) el 77,51% está casada (o lo ha estado) versus un 22,48% que convive. Así, respecto de 2009¹¹⁶ la baja es de un 0,61% en las personas casadas, en cuanto el 78,12% estaba casada versus el 21,87% que

¹¹⁵ Tabla n°7.

¹¹⁶ Tabla n°8.

convivía; a su vez respecto del año 2006¹¹⁷ la baja es de un 2.73%, en tanto las personas casadas eran el 80.24% versus un 19.75% que convivía. Por último respecto del año 2003¹¹⁸, la baja del matrimonio es de un 5.3% debido a que las parejas casadas correspondían a un 82.81% versus un 17.18% que sólo convivían. Así queda de manifiesto, junto con las estadísticas del hogar expuestas más arriba, que el matrimonio esta lentamente retirándose como la forma paradigmática de formar una familia (u hogar) y la convivencia se establece como un fenómeno cada vez más recurrente en nuestro país.

Así también lo demuestran las mismas tablas si comparamos el porcentaje de personas casadas con la población total actual. En 2011, un 28.44% de la población total estaba casada versus un 30.67% que lo estaba el año 2009; el 2006 la población casada respecto del total era de un 31.03% y el 2003 era un 32.66%. A su vez, los datos proporcionados por el Registro Civil observados más arriba corroboran los datos de la encuesta CASEN.

¹¹⁷ Tabla n°11.

¹¹⁸ Tabla n°12.

Tabla n°8:

CASEN 2009				
Población por Sexo según Región y Estado Civil				
Región	Estado Civil	Sexo		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Casado(a)	2.539.905	2.553.688	5.093.593
	Conviviente o pareja	850.945	853.358	1.704.303
	Anulado(a)	6.716	15.358	22.074
	Separado(a)	223.014	461.032	684.046
	Divorciado(a)	17.662	39.894	57.556
	Viudo(a)	151.858	585.514	737.372
	Soltero(a)	4.208.543	4.099.520	8.308.063
	Total	7.998.643	8.608.364	16.607.007

Tabla n°9:

CASEN 2006				
Población por Sexo según Región y Estado Civil				
Región	Estado Civil	Sexo		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Casado(a)	2.500.687	2.511.941	5.012.628
	Conviviente o pareja	784.248	787.939	1.572.187
	Anulado(a)	5.939	18.098	24.037
	Separado(a)	234.464	458.959	693.423
	Divorciado	7.147	12.278	19.425
	Viudo(a)	134.289	523.176	657.465
	Soltero(a)	4.189.861	3.977.995	8.167.856
	Sin dato	3.171	2.161	5.332
	Total	7.859.806	8.292.547	16.152.353

Tabla n° 10:

CASEN 2003				
Población por Sexo según Región y Estado Civil				
Región	Estado Civil	Sexo		
		Hombre	Mujer	Total
Total	Casado	2.547.155	2.561.969	5.109.124
	Conviviente	653.925	656.630	1.310.555
	Anulado	5.969	17.090	23.059
	Separado	205.594	402.821	608.415
	Viudo	116.684	479.260	595.944
	Soltero	4.087.881	3.900.486	7.988.367
	Sin Datos	1.545	2.776	4.321
	Total	7.618.753	8.021.032	15.639.785

En conclusión podemos observar que dentro de los últimos 10 años nuestro país ha sufrido diversos cambios en la composición familiar. Si bien es cierto que el matrimonio predomina dentro de la formación familiar, aquella forma de realizar una familia va en retirada. Los antecedentes del Registro Civil demuestran que la tendencia es a la baja (salvo el 2010 y 2011) con respecto a los matrimonios. A su vez la proporción de hogares basados en el matrimonio es del 46.51%, con una tendencia –también– a la baja respecto de los años 2009, 2006 y 2003. Otro punto a destacar es el nacimiento de los chilenos: sólo el 30.19% (de enero a noviembre del 2012) nace dentro de un régimen matrimonial, dejando aún más abierta la interrogante respecto de si el matrimonio es la única forma de constituir una familia. Llama la atención, a su vez, la forma en que se están constituyendo las familias: 2.688.579 familias (54.14% de los hogares) se constituyen de forma diversa a la familia biparental nuclear, y 2.656.692 millones de hogares (48.10%) no se constituyen en base a

un matrimonio. En consecuencia, si la familia es sólo la basada en el matrimonio, ¿qué pasa con casi la mitad de los hogares de nuestro país que no se fundan en un matrimonio?¹¹⁹

Las estadísticas demuestran que la familia chilena ha cambiado en los últimos 10 años, lo que demuestra la inadecuación de un concepto de familia estático y pétreo. Si no existe una forma de familia que pueda establecer una norma consuetudinaria clara, habrá que al menos averiguar qué es lo que dice nuestro ordenamiento jurídico en torno a la familia y por qué existen juristas que defienden el concepto familia, única y exclusivamente, fundada en el matrimonio.

3) Concepto jurídico de familia

Como hemos esbozado hasta el momento, existen dos corrientes en cuanto al concepto jurídico de familia. Están aquellos que promueven una familia única y exclusivamente basada en el matrimonio, y aquellos que promueven un concepto más bien amplio y diverso. En este sentido CORRAL – principal defensor de la familia matrimonial- es consciente de que las ciencias jurídicas son incapaces de poder aprehender totalmente el fenómeno familia, optando sin embargo por buscar la *esencia* de la familia y así, poder extraer el

¹¹⁹ Interesante es acotar que dentro de estas encuestas no existe la posibilidad de enmarcar a las personas que conviven con personas del mismo sexo. Sin embargo, el CENSO 2012 estableció que existen 34.976 personas del mismo sexo que conviven y que se encuentran dentro de los convivientes señalados en la nota n° 33. Véase: CENSO 2012, INE, Santiago de Chile, 2012. Tomo I cuadro 1.4: “Población de 15 o más, por Estado de Hecho, según región, sexo y grandes grupos de edad.” p. 119 En: http://www.censo.cl/contenido/resultados_censo_2012_poblacion_vivienda_tomoslyll.pdf.

elemento *fundamental* que pueda protegerla, exponiendo que “frente a la indeterminación tanto de la doctrina como de la ley positiva, el camino más seguro para intentar conceptualizar la familia parece ser el de partir por reconocer que no es posible englobar en una sola noción todas las múltiples figuras y relaciones que son alcanzadas por el fenómeno familiar. Será menester, por tanto, establecer, previamente, cuál puede ser un concepto esencial que reproduzca las características que deben estimarse inescindibles de aquella sociedad que en el más estricto sentido debe denominarse familia, para posteriormente, analizar en qué forma y qué medida las diferentes variaciones o derivaciones de esa realidad participan o no de la naturaleza familiar”¹²⁰. Para CORRAL la atribución del fenómeno social, en cuanto al aumento de las convivencias, en contraste con la baja del matrimonio, tiene que ver con una explicación más bien económica; para él “no se trata tanto de que se rechace la institución del matrimonio, sino de que no se cuenta con un expedito acceso a ella”¹²¹, por lo que el legislador ha tenido que empezar a oficializar las convivencias y otro tipo de familias, desvinculando la familia del matrimonio.

La jugada de CORRAL por entender el matrimonio como la esencia de la familia parece desacertada si es que prestamos atención a nuestra Constitución. Si la familia es un valor constitucional en cuanto “núcleo

¹²⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. Op.cit. pp. 41-42.

¹²¹ CORRAL TALCIANI. “*Familia sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?*” en Revista Chilena de Derecho, 21 n°2 (1994) p. 261.

fundamental de la sociedad”, no se entiende por qué sólo habría que protegerla de manera restrictiva. Es decir, si estamos frente a una institución jurídica que merece especial protección del Estado, en virtud del artículo 1 inciso 5º de la Constitución, ¿por qué sólo debería reconocerse la esencia de la familia y no todo tipo de familia?

Para dar respuesta a este planteamiento, debemos seguir avanzando en la búsqueda de un concepto de familia o bien, adentrarnos a qué es lo que los juristas y las leyes entienden por tal. En este sentido, se verá en primer lugar qué es lo que la doctrina señala. Luego se avanzará en establecer qué es lo que la Constitución y las leyes chilenas establecen y, por último, qué es lo que han dicho nuestros tribunales han dicho en torno al concepto familia. Así podremos establecer si es que es posible (o no) sólo defender constitucionalmente la familia en basada en el matrimonio.

3.1) Familia en la doctrina

El concepto de familia tampoco ha sido fácil de establecer en nuestra doctrina. El Código Civil no nos entrega una definición o concepto de familia, como tampoco nuestra Constitución Política. Es por eso que se hace tan importante estudiar la doctrina para ver si es posible extraer un elemento de la naturaleza de la familia o bien algún elemento necesario para dar con nuestro objetivo.

3.1.1) Sergio DIEZ URZÚA

El profesor DIEZ también adhiere a una posición conservadora de la familia, coincidiendo con las ideas del profesor CORRAL. Así, él reconoce como familia “aquella primera sociedad natural perfecta que tiene como finalidad la propagación de la especie humana sobre la base de la unión estable de un hombre y una mujer”¹²². Este concepto, como el mismo autor señala¹²³, proviene de la Carta de los Derechos de la Familia de la Santa Sede, de fecha 22 de octubre de 1983. A pesar de que el concepto no considere al matrimonio en sí mismo, sino a “la unión estable de un hombre y una mujer”, el hecho de que la familia sea el núcleo de la sociedad, para DIEZ, hace que la protección constitucional se aplique a una familia que “no es cualquier familia, como se ha querido interpretar, sino el modelo mayoritario de la familia chilena, conformada de acuerdo a los hábitos de la civilización occidental cristiana, o sea, la fundada en el matrimonio”¹²⁴.

Para fortalecer su argumento a favor de la familia matrimonial, aparte de la justificación “mayoritaria” de la familia, apela a las actas constitucionales – que luego se analizarán- y a la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad¹²⁵. A su vez, caracteriza al matrimonio como único e indisoluble, señalando que el constituyente sólo se refiere a la familia como la familia matrimonial y que “no dejó abierta la posibilidad, como algunos han pretendido

¹²² DIEZ URZÚA, Sergio. *“Personas y valores. Su protección Constitucional”*, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 1999. p. 48.

¹²³ Ibid. p. 49.

¹²⁴ Ibid. p. 51.

¹²⁵ Ibid.

sostener, de que el legislador sea quien defina, en cada momento histórico, lo que se entiende por familia”¹²⁶.

Las objeciones que se le pueden hacer a este concepto son muchas. Sin embargo, sólo analizaré algunas de ellas. En primer lugar, la justificación de que nuestra Constitución sólo protege a las familias matrimoniales parece desacertada si es que el profesor DIEZ admite que existe más de un concepto de familia. No existe ninguna razón ni interpretativa ni constitucional para excluir a otros tipos de familia que no sean matrimoniales; siguiendo el viejo adagio jurídico “donde la ley no distingue tampoco cabe al intérprete hacerlo”. En segundo término, el profesor señala un argumento mayoritario de la sociedad civil para proteger la familia matrimonial lo que resulta en primer lugar, discriminatorio *per se*. Como bien se sabe, nuestra Constitución ampara proyectos de vida distintos, promoviendo la pluralidad de nuestros habitantes debido a que la Constitución nos entiende como personas libres e iguales en derechos. Es por ello que por el sólo hecho de que la mayoría opte por un modelo de vida no puede concluirse que sólo ese modelo de vida va a ser protegido, respetado y garantizado por la Constitución. Por lo demás, aquél es un dato que se ajusta a un contexto temporal-espacial: como vimos en las encuestas CASEN, sólo el 46.51% de los hogares está constituido por un matrimonio por lo que no tiene mucho sentido defender, ni siquiera en su propia posición, un argumento mayoritario. Si fuese así, no podríamos establecer un

¹²⁶ Ibid. p. 52.

paradigma en el cual se puedan respetar todos los estilos de vida posibles y entender la pluralidad como un bien (político y social) en sí mismo; por lo que parece sumamente inadecuado (y contrario a los principios constitucionales) traspasar a las bases de nuestra institucionalidad política concepciones religiosas según la Santa Sede.

3.1.2) José Luis CEA EGAÑA

Para el constitucionalista el concepto de familia en su sentido natural y obvio corresponde al establecido por la RAE en cuanto es un “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”¹²⁷. Así, el profesor la describe como “la unión estable, indefinidamente perdurable entre un hombre, una mujer y la prole que derive de ella”¹²⁸. A su vez, el mismo profesor indica que el Código Civil contiene un concepto de familia en el artículo 815, que comprende al “cónyuge y los hijos, tanto los que existan al momento de su constitución como los que sobreviven después”¹²⁹. Por otro lado, el mismo profesor destaca la nueva Ley de Matrimonio Civil, que establece que el matrimonio es la base principal de la familia. Para el profesor, la familia es la asociación más elemental, esencial y básica en nuestra sociedad, estableciéndola como una asociación perfecta y por ello debe enmarcarse como

¹²⁷ Real Academia Española. En la web: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=familia [consultado el 05 de marzo de 2013]

¹²⁸ CEA EGAÑA, José Luís. “Derecho Constitucional chileno tomo I”, 2º edición, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008. p. 173.

¹²⁹ Ibid.

el núcleo fundamental de la sociedad. En este sentido, CEA no considera las uniones de hecho ni otro tipo de organización familiar debido a que “a la luz de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio la segunda de las tesis resumidas [la que considera la familia en un sentido estricto en cuanto sólo se compone en virtud del matrimonio] fue estimada correcta por la opinión de sus miembros no habiéndose planteado objeción al respecto”¹³⁰.

En primer lugar, como ya se señaló anteriormente, el Código Civil no define familia sino que determina, sólo para los efectos del derecho real de uso y habitación, quiénes la componen. De hecho, allí se incluyen al cónyuge, hijos actuales y futuros, los sirvientes necesarios, allegados actuales y los alimentarios¹³¹. En este sentido, entonces, no se entiende por qué CEA EGAÑA excluye a los allegados, sirvientes o los alimentarios. Por otro lado, el hecho de que la Ley de Matrimonio Civil establezca en su artículo primero que el matrimonio es la forma principal de formar una familia simplemente corrobora que existen otras formas de establecer una familia, por lo que no es un buen argumento desde su propia posición recurrir a la Ley de Matrimonio Civil. Por último, el argumento más potente que plantea CEA es que en virtud de la historia fidedigna de nuestra Constitución siempre se pensó la familia como la matrimonial. Dicho argumento y su corrección se revisará cuando se analice en detalle las actas constituyentes.

¹³⁰ Ibid. 174. El agregado es propio.

¹³¹ Véase Artículo 815 del Código Civil chileno.

3.1.3) Alejandro SILVA BASCUÑÁN

Para el constitucionalista, el concepto familia corresponde al elemento colectivo básico de nuestra sociedad por lo que, según sus propias palabras, no puede ser más correcta la enunciación de nuestra Constitución que establece “el núcleo fundamental de nuestra sociedad”. Así, describe a la familia de la siguiente forma: “Si la familia ha tenido y tiene hoy diversos orígenes, indiscutiblemente la fuente primordial de su fundación, de su objetivo y de sus cualidades más características en beneficio de la perfección de sus integrantes, es el matrimonio”¹³². En consecuencia, SILVA se enmarca dentro de la línea de pensamiento conservador, entendiendo al matrimonio como algo inseparable del concepto familia. Por ello, arguye que nuestra Constitución no sólo debe proteger la familia matrimonial sino que, además, debe proteger aquella basada en el matrimonio “indisoluble”; según sus propias palabras: “debe proteger y propender a su fortalecimiento [la familia] aquella que se basa en el matrimonio indisoluble, debiendo, por lo tanto, discurrirse todos los medios que se encaminen a objetivo tan trascendental”¹³³. A pesar de ello, SILVA no deja de lado la realidad social que se vive en nuestro país, en cuanto a la conformación de los hogares, por lo que exhorta a que si se promueve una “inspiración básica de la organización estatal, ella debe ser compatible con el reconocimiento de que en la realidad se forman hogares que se originan fuera del matrimonio o sin

¹³² SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. Op. cit. p. 36.

¹³³ Ibid. p. 38. [El agregado es propio]

respetar la indisolubilidad matrimonial. (...) [S]e impone la necesidad consecuente de que el Estado busque soluciones de justicia que, sin contradecir el principio de la indisolubilidad matrimonial, propendan a resolver los problemas y satisfacer las necesidades que surjan en el seno de tales hogares”¹³⁴. En este sentido, a pesar de que el trabajo está en contra de entender la familia exclusivamente como aquella familia nuclear basada en el matrimonio, no cabe duda de que la Constitución también tiende a fortalecer un matrimonio indisoluble, en tanto dicho matrimonio, tal como otras fórmulas, es constitutivo de familia. Lo que se persigue con una protección a la familia amplia es poder incluir a esas otras formas de generar familia. Por otra parte, parece correcto pensar en consideraciones de “justicia” para nuestra realidad social. Es decir, ¿sería justo dejar a casi la mitad de los hogares de nuestro país sin una protección constitucional porque no se optó por una forma de realización familiar derechamente católica? No parece correcto. Por el contrario, en vez de fomentar “resolver los problemas del seno de tales hogares” (como propone el autor), aquí se plantea ampliar la concepción de familia para que todos y todas puedan tener este reconocimiento constitucional de especial protección.

3.1.4) Hernán CORRAL TALCIANI

Respecto al civilista, ya referido en las secciones anteriores, cabe sólo resaltar su conservadora posición con respecto a la familia y el matrimonio.

¹³⁴ Ibid. p. 38.

Para él, la familia sería aquella conformada en virtud del matrimonio; sólo ésta tendría la protección constitucional y el amparo del aparato jurídico. Así, CORRAL señala que existe la familia jurídica- basada en el matrimonio, esencia de la familia- y la familia de hecho, que es aquella que se instaura en nuestra sociedad sin la formalización del matrimonio, pero con cohabitación sexual como característica principal. CORRAL está totalmente en desacuerdo con que el concubinato pase a ser una forma de proyecto de vida que tenga protección al igual que la familia matrimonial debido a que la familia pasaría a ser un concepto sin su contenido, un mero cascarón. CORRAL argumenta en base a las raíces de la familia que son “el compromiso y la donación esposal (...) la familia ha sido siempre, y no pude dejar de ser, el lugar de encuentro entre personas a las que el amor impulsa a renunciar a la realización aislada de sus proyectos individuales para desarrollar su personalidad en comunión con otros¹³⁵”. En este sentido, se puede criticar la idea de CORRAL en tanto sólo en el siglo XVIII podemos empezar a observar la “donación esposal” y “compromiso” como elementos propios del matrimonio, ya que antes, como se señala más arriba, era la concubina quien se encargaba de los asuntos más bien eróticos y la esposa tenía más bien fines económicos que amorosos. Es en esta línea que MERIN señala: “En el siglo XVIII los roles simbólicos de esposa y amante recién se unen y los ideales de *affectio maritalis* y sexo se comprenden en el matrimonio. Más aún se empieza a cambiar la forma de entendimiento en torno

¹³⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Familia sin matrimonio...” Op. cit. p. 266.

a un hogar patriarcal: la mujer empieza a tener mayor autonomía y empieza a tener una situación legal y educacional más igualitaria entre los sexos, en general, y entre esposales en particular; la mujer empieza a incrementar su status y su poder de decisión dentro de la familia¹³⁶. Luego, la idea de CORRAL puede criticarse por cuanto los elementos de amor y compromiso no son ideas tan “naturales” y “trascendentales” dentro de la familia y el matrimonio como para petrificarlos en una norma jurídica.

CORRAL pretende que el fenómeno social de la familia se encauce a lo jurídico y no se entienda ésta como un fenómeno extrajurídico –lo que se busca indirectamente en este trabajo- debido a que en esta lógica “no podrá negarse la calificación a beneficios jurídicos propios de una familia no sólo de parejas de personas no casadas, sino también a las convivencias adulterinas, a las convivencia entre varios concubinos (convivencia polígamas), entre personas del mismo sexo, etc.”¹³⁷. Es decir, CORRAL estaría en desacuerdo con que parejas del mismo sexo, por ejemplo, estén amparadas por el aparato jurídico. Así, su argumento más fuerte es la estabilidad del sistema jurídico, para que el orden social y su bien público no sean destruidos por un concepto de familia que se sale de la formación estrictamente jurídica, o sea, aquella que contempla mucho más proyectos de vida que la matrimonial. La familia, para el autor, sería “aquella comunidad que, iniciada o basada en la asociación permanente de un

¹³⁶ MERIN, Youval. Op. Cit. p. 23.

¹³⁷ Ibid. p. 267.

hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concebidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidos por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente”¹³⁸.

3.2) La doctrina a favor de una protección amplia de familia¹³⁹.

Cambiando la tónica de los juristas recién expuestos, existe un amplio sector de la doctrina que opta por establecer una desvinculación entre matrimonio y el concepto de familia. Así, estos autores no promueven un concepto de familia como el de CORRAL, CEA o DIEZ, sino que se limitan a comentar el fenómeno jurídico de la familia y encauzar su protección sin que sea objeto de discriminación. Excepcionalmente, existen ciertos autores que se atreven a establecer una definición de familia, alejados de los conceptos ya esgrimidos hasta aquí. Como ejemplo de ello tenemos al autor René RAMOS PAZOS, que la define como un “conjunto de personas entre que median

¹³⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. “Familia sin matrimonio...” Op. cit. p. 44.

¹³⁹ Véase también BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. “Nuevo Derecho Matrimonial chileno”, 2º edición, Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2004 pp. 29-30: “la noción constitucional de familia no es excluyente de algunas de aquellas cuya causa no es el matrimonio”. O también: ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “El derecho esencial a contraer matrimonio” en VIDAL OLIVARES, A. (coord.) “El nuevo derecho chileno del matrimonio (Ley n°19.947 de 2004)” Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006 p. 42: “no existe ningún elemento en el texto constitucional que permita vincular la noción de familia con la de matrimonio”.

relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico”¹⁴⁰. RAMOS sigue en el punto los argumentos de Gonzalo FIGUEROA y Carlos PEÑA en cuanto a desvincular el matrimonio del concepto familia. FIGUEROA y PEÑA persiguieron – en el debate sobre la igualación de estatus de hijos en los ´90- que los hijos ilegítimos, y la familia ilegítima o de hecho, también fueran protegidos por nuestra Constitución. Las razones de FIGUEROA para dar protección constitucional a la familia ilegítima (“de hecho”, “la familia” o bien “el hogar”) es que “al no distinguir la Constitución entre familia legítima e ilegítima, le está prohibido al intérprete hacerlo (...) Agréguese que no se encuentra en la Carta Fundamental mención alguna al matrimonio, que es base de la familia legítima”¹⁴¹. Dentro de la misma discusión, PEÑA indicaba que si la palabra “familia” a que se refiere nuestra Constitución fuese sólo la legítima –o basada en el matrimonio- aquella sería una infracción a nuestra Constitución en virtud del principio de igualdad que promueve nuestra Carta Fundamental: no podría nuestra Constitución distinguir entre hijos legítimos e ilegítimos (como otrora lo hacía el Código Civil) debido a que aquello es sin lugar a dudas una discriminación¹⁴².

¹⁴⁰ RAMOS PAZOS, René. Op.cit. p. 9.

¹⁴¹ FIGUEROA YANÉZ, Gonzalo. “Persona, pareja y familia”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995 p. 72.

¹⁴² Véase PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “¿Hay razones constitucionales fuertes a favor de un estatuto igualitario?” En, Instituciones modernas del derecho civil Santiago de Chile, Editorial ConoSur, 1996 pp. 140-150. Para un análisis exhaustivo de las discriminaciones en aras de la igualdad véase también, BECKER CASTELLARO, Sebastián “Interpretación liberal (rawlsiana)

Siguiendo los mismos argumentos, Susan TURNER señala que en nuestro país, a diferencia de la legislación constitucional de América Latina, la Constitución no explícita qué clase de familia –matrimonial o de hecho- protege, estableciendo una ambigüedad al respecto. Así, las Constituciones latinoamericanas hacen ver, de manera explícita, a través de su escrituración, la desvinculación del matrimonio a la familia, ya sea por el estatuto filiativo o bien por el reconocimiento de familias alternativas a la matrimonial¹⁴³. Cabe resaltar una de las conclusiones de la profesora TURNER al respecto: “la equiparación de la familia matrimonial a la no matrimonial, cuando no está expresada, tiene matices. En algunos casos, al conferir mandato a la ley para regularlas, no se sabe si en definitiva existe equiparación material o no”¹⁴⁴. Es decir, una equiparación de todas las familias, si no está en la Constitución, debiese el aparato jurídico capaz de lograrlo con medidas legales y extra-legales.

Siguiendo con una defensa de la separación conceptual entre familia y matrimonio cabe poner a la luz quizás el argumento más potente de todos y es el que ya se esbozó al mencionar a PEÑA.

El derecho es una herramienta social para proteger a las personas. Ello quiere decir que el Derecho debe proteger los derechos que se establecen por

de la igualdad”, Santiago de Chile, III Congreso de Derecho Humanos días 5, 6 y 7 de Septiembre 2012, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹⁴³ TURNER SAELZER, Susan. “*Tendencias constitucionales relativas a la protección de la familia*” En: Estudios de Derecho Civil IV. VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Universidad Diego Portales – Olmué – 2008. PIZARRO WILSON, Carlos (Coord.) Santiago de Chile, Editorial LegalPublishing, 2009 p. 94.

¹⁴⁴ Ibid. p. 97.

el sólo hecho de ser personas, es decir, los derechos humanos o derechos fundamentales. La profesora SCHMIDT señala que el derecho de familia está informado por el principio de la “transversalidad institucional”, es decir, una humanización del derecho¹⁴⁵ que tiene, entre otras conclusiones, el reconocimiento de la diversidad familiar; la no existencia de familias minusválidas en el campo jurídico y en las ciencias sociales y psicológicas complementarias; igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a la comunidad de intereses y complementariedad que importa el vínculo matrimonial y se plasma en un sistema económico patrimonial del matrimonio que respete la personalidad jurídica individual de cada uno de los componentes de la unión marital; la solidaridad por sobre intereses economicistas; interés superior del niño, etc.¹⁴⁶ Llega a la siguiente conclusión: la desvinculación entre matrimonio y familia es necesaria para poder salvaguardar los derechos fundamentales garantizados por la Constitución; en la medida de que no se separen estas dos instituciones jurídicas se comete una perturbación, amenaza y/o violación de los derechos fundamentales de las personas. En el mismo sentido es que Mauricio TAPIA señala que sería un atentado al principio de la igualdad el que el concubinato esté excluido de una regulación jurídica y más aún frente a la realidad social que actualmente vive Chile con respecto a la

¹⁴⁵ O la constitucionalización del derecho civil.

¹⁴⁶ SCHMIDT HOTT, Claudia. “La constitucionalización del Derecho de Familia” *En*, Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (Directores). Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2005 p. 1237.

conformación de los hogares. Por ello, en virtud de los derechos constitucionales (y aquellos consagrados en los tratados internacionales, incorporados a la luz del inciso segundo del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental) como la libertad e igualdad; el interés superior del niño; igualdad entre hombre y la mujer en un régimen patrimonial, se hace necesario regular. El profesor establece que “en el concubinato se presentan problemas que interesan al Derecho Privado: la protección de los hijos, particularmente al momento de la ruptura; la protección de los terceros frente a la “apariencia del matrimonio”; y, la protección del concubino, que se dedicó preferentemente al hogar y a los hijos comunes al momento de la ruptura o de la muerte de su pareja”¹⁴⁷ por lo que “sería preferible introducir su regulación sistemática en el libro primero del Código Civil [el de “las personas”], porque se trata de una institución perteneciente al Derecho de Familia (o de las familias) (...)”¹⁴⁸. Así, el profesor TAPIA estaría no sólo a favor de una desvinculación entre matrimonio y familia sino también de toda una regulación sistemática en el Código Civil que pueda proteger –como consecuentemente mandataría la Constitución- a las parejas de hecho. Pero el argumento del profesor TAPIA no se queda allí. Si la Constitución desligará el matrimonio de la familia, por lo que cualquier pareja que viva en un mismo hogar es una familia, ¿qué problema existiría de amparar, como familias, a parejas homosexuales?

¹⁴⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. “Constitucionalización del Derecho de familia(s). El Caso Chileno: Las Retóricas Declaraciones Constitucionales frente a la Lenta Evolución Social”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 8 Santiago de Chile, Fundación Fueyo, 2007) p. 174.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 176. Agregado es propio.

Es por estas razones que podríamos desligar el matrimonio de la familia. Si a la luz de nuestra Constitución, en la cual no existe ningún imperativo que impida, como sí lo hacen otras Constituciones latinoamericanas¹⁴⁹, vincular a todos los tipos de familias existentes (extendidas, nucleares biparentales, monoparentales, etc.) entonces ¿por qué no incluir otras concepciones como familia? A su vez, a la luz de los principios constitucionales amparados por nuestra Carta Fundamental y nuestros Tratados internacionales¹⁵⁰, el poder promover el mayor espectro de familias posibles parece ser lo adecuado si es que estamos a favor de una mayor igualdad y libertad de todas las personas. La concepción de la familia y el proyecto de familiar está íntimamente ligado con el desarrollo espiritual de las personas, es decir, en un proyecto familiar subyace el desarrollo de la personalidad de los seres humanos (protegido en el artículo 19 n° 4 de nuestra Constitución) por lo que no contemplarlo es violar de forma directa los derechos fundamentales de las personas amparados por la Constitución. Sólo en la medida de que se acepten otras formas de familia – aparte de la matrimonial- es que se podrá dar un respeto real a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, como por ejemplo el interés superior del niño, la igualdad entre los cónyuges, etc. En este sentido, estoy en desacuerdo con lo establecido por los juristas conservadores: reconocer modos

¹⁴⁹ Véase Constitución brasileña art. 226, Constitución del Ecuador art. 67, Constitución de Colombia art. 42.

¹⁵⁰ Véase Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Atala Riffo y niñas vs Estado de Chile. Señala la Corte: “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”. p. 49 [en la web]: http://www.libertadespublicas.org/wp-content/uploads/2012/03/seriec_239_esp-1.pdf

familiares distintos al matrimonio no significa “salirse” del derecho ni contrariar la esencia de la familia; es precisamente a la luz del Derecho (constitucional como lo son la libertad, igualdad, interés superior del niño, etc.) que se establecen otros mecanismos de familia distintos al matrimonio. Es conforme al Derecho que es posible, no sólo desvincular el matrimonio de la familia, sino también, conforme a nuestra Constitución, proteger y respetar cualquier proyecto de vida familiar, sea cual sea.

3.3) La Familia en nuestro ordenamiento jurídico

La familia en nuestro Código Civil se menciona setenta veces con diversas acepciones y tres veces en toda nuestra Constitución Política. A pesar de no tener dentro de nuestro sistema jurídico una definición ni legal ni constitucional, se divisan algunos atisbos que pueden orientarnos de mejor manera a entender de qué se habla, en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se habla de familia. Tal como ya hicimos mencionamos, el artículo 815 del Código Civil establece los componentes del grupo familiar a propósito del derecho real de uso y habitación:

“Art. 815. El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador.

En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.

La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos”.

También se puede rescatar los componentes del grupo familiar en el artículo 3 y 9 del D.L. 3.500 a propósito de los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia. Así, conforme a lo establecido por el profesor PALAVECINO: “El D.L. 3.500 modificado por el D.L. 3.626 reconoció ya en 1981 como ‘componentes del grupo familiar’ y, en cuanto tales, beneficiarios de pensión de sobrevivencia, no sólo a ‘él o la cónyuge sobreviviente’ y a ‘los hijos legítimos’ como también a los hijos ‘naturales o adoptivos’ y ‘a los padres’ y finalmente a ‘la madre de los hijos naturales del causante’. Esta última sería beneficiaria de la pensión de sobrevivencia en la medida que fuera ‘soltera o viuda’ y ‘viviera a expensas del causante’. La Ley 20.255 de 17 de marzo de 2008, conservando los mismos requisitos, extendió la pensión de sobrevivencia también al ‘padre de los hijos de filiación no matrimonial del causante’”¹⁵¹.

¹⁵¹ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. (Ponencia) “Reconocimiento de las convivencias en la legislación de Seguridad Social” En, seminario “Convivencias y pactos de unión civil”

A su vez, el artículo primero de la nueva Ley de Matrimonio Civil establece que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”.

Otro buen ejemplo es el artículo 390 del Código Penal que señala que: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes a su cónyuge o a su *conviviente*, será castigado como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”. Aquí, el o la conviviente pasa a formar parte de la familia debido a que lo que protege fundamentalmente el delito de parricidio es la propia familia.

Como éstos existen muchos más ejemplos dentro de nuestro ordenamiento jurídico¹⁵².

Como se puede observar, una vez más, la ley no contiene una definición concreta de familia ni tampoco establece que la familia está indisolublemente arraigada al concepto del matrimonio; sí entiende la ley las dinámicas sociales en nuestra realidad. El ejemplo más patente es la Ley de Matrimonio Civil que consagra que la familia tiene como fundamento “principal” mas no exclusivo al

organizado por el Departamento de Derecho Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (19 de noviembre de 2009). pp. 3-4

¹⁵² En cuanto a la titularidad sobre derechos, pretensiones judiciales, beneficios económicos o pensiones en la Ley n° 16.282, sobre sismos o catástrofes naturales; Ley n° 19.980, que amplía los beneficios de la Ley n° 19.123 sobre reparación; DFL N°1 de 2003, del Ministerio del Trabajo, que fijó el texto refundido del Código del Trabajo. Así como, también, los fundamentos de obligaciones para los convivientes (texto original de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de 47 pensiones alimenticias) e incluso en otras normas penales (Ley N° 19.617, que modificó las normas sobre delitos sexuales; Ley N° 19.927, que penaliza la pornografía infantil).

matrimonio, por lo que en los ejemplos legales previamente mencionados se hace un reconocimiento expreso a las uniones de hecho otorgando beneficios de carácter familiar.

En este sentido, ante la imposibilidad de encontrar una definición en nuestro ordenamiento jurídico que llena nuestras expectativas dogmáticas sobre la familia y sus consecuencias legales, se tratará la historia fidedigna de nuestra Constitución en cuanto al término de familia; así se podrá llevar a cabo un concepto más acabado sobre la concepción de familia que tiene el Constituyente y, de paso, el legislador.

3.3.1) Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. El concepto de familia.

Dentro de la discusión sobre el concepto familia en la Comisión Constituyente que preparaba la futura Constitución de 1980, el comisionado Jaime GUZMÁN propuso el siguiente precepto para poder establecer la protección constitucional a la familia:

“La defensa de la integridad de la familia es un deber básico para todos los miembros de la comunidad nacional.

Toda persona tiene el deber de alimentar, educar y amparar a sus hijos menores. Los hijos tienen el deber de honrar a sus padres, de socorrerlos en

caso de necesidad y, mientras sean menores, de respetar su legítima autoridad”¹⁵³.

Así, el comisionado GUZMÁN señala que al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, el Estado le debe protección para su integración y desarrollo. Con su proposición trata de atribuir obligaciones al Estado para proteger la institución de la familia y no a cada una de las familias en particular, es decir, dar una protección a la integridad de la institución de la familia. No le parece que la Constitución deba entrar en el detalle de perfilar el contenido de la integridad de la familia pero sí afirmar que la integridad de la familia es fundamental.

En la misma discusión el comisionado EVANS señala como un error incluir la palabra “integridad” debido a que actúa como un catalizador moral, lo que es impropio para los objetivos del Constituyente. El comisionado EVANS indicaba que “la defensa de la integridad de la familia y, consecuentemente —porque no puede ser de otra manera—, la indisolubilidad del matrimonio, vulnera otras garantías constitucionales, como son la libertad de conciencia; incluso la libertad de cultos, porque hay algunos de éstos que permiten la disolución del vínculo matrimonial; la libertad de expresión, etcétera”¹⁵⁴. Señala que el deber de respetar y promover los valores de la familia no se extienden a la protección de la indisolubilidad del matrimonio debido a que dentro de la disolubilidad del

¹⁵³ Intervención de Jaime GUZMÁN en Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 191° celebrada el jueves 18 de marzo de 1976. En la web: www.bcn.cl p. 268.

¹⁵⁴ Intervención de Enrique EVANS DE LA CUADRA en Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Op. Cit . p. 274.

matrimonio podrían existir otros valores familiares. En el mismo sentido se dirige a la comisión el presidente Enrique ORTÚZAR en cuanto se señala en las actas que: “Le parece que si se garantiza en cierto modo la integridad de la familia o de la institución familiar, es evidente que el divorcio, sea con disolución de vínculo o sin ella, atenta contra la integridad de una u otra. Porque si el día de mañana se separa un matrimonio, es indudable que en cierto modo está desintegrando su familia. Que pueda haber buenas o malas razones, eso es otro problema absolutamente distinto. Pero en el instante mismo en que se consagra el derecho a la integridad de la familia o el deber de mantener la integridad de la familia, la Comisión estaría pronunciándose inequívocamente —y así lo va a interpretar la comunidad en general— por la prohibición constitucional de ir al divorcio con disolución de vínculo (...)”¹⁵⁵.

Así, se rechazó la incorporación de la “integridad familiar” debido a las consecuencias que trae tal expresión a la concepción de familia: se trataría de imponer un sistema familiar basado, única y exclusivamente, en un matrimonio indisoluble (o sea el católico conservador). En este sentido es que el comisionado SILVA propuso la siguiente expresión para proteger la familia en nuestra Constitución: “La familia es la célula fundamental de la sociedad. El Estado la protegerá y propenderá al fortalecimiento de su unidad.”¹⁵⁶

Dentro de la nueva proposición, el comisionado DIEZ insistió en la idea de “integridad” debido a que ella consagraría la indisolubilidad del matrimonio a

¹⁵⁵ Intervención de Enrique ORTÚZAR en Ibid. p. 278.

¹⁵⁶ Ibid. p. 279.

nivel constitucional –y de paso fusionaría el matrimonio con el concepto familia. Frente a ello, la negativa de parte del presidente de la Comisión se debe a “que ello significa cercenar la libertad de conciencia, porque se traduce en querer que todos piensen y actúen como católicos”¹⁵⁷. El Comisionado OVALLE, en la misma tónica que ORTÚZAR, señala que estructurar la familia en base a un matrimonio indisoluble es impedir la libertad de conciencia y los principios democráticos que se basa la misma Constitución (de 1980) debido a que puede ocurrir que “un hombre que, pensando que la familia es una célula fundamental, como piensan los integrantes de la Comisión, no crea que esa familia pueda derivar de un solo matrimonio, sino de matrimonios sucesivos”¹⁵⁸.

Así la discusión decanta en que si es válido para el constituyente referirse a la indisolubilidad del matrimonio – y de paso, como se ha sostenido hasta ahora, darle un contenido exclusivo de matrimonio a la familia. Al presidente ORTÚZAR le generó reparos la proposición del comisionado SILVA en cuanto al concepto de “unidad”, debido a que aquella palabra podría ser causal de una futura inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una eventual legislación sobre el divorcio en Chile. ORTÚZAR señala que “no es adecuado dejar este punto tan importante entregado a lo que el día de mañana pudiere entender la Corte Suprema, que probablemente, tal vez, no va a acoger el recurso de inaplicabilidad, o que posiblemente, en otro caso, pudiere, atendiendo a si atenta o no contra la unidad de la familia, acogerlo, porque, en definitiva, esto

¹⁵⁷ Intervención Enrique ORTÚZAR. Ibid. p. 281.

¹⁵⁸ Intervención Jorge OVALLE. Ibid. p. 282.

es muy elástico: en cada caso particular, habría que apreciar si la causal que se invoca realmente atenta o no atenta contra lo que pudiera llamarse la unidad o la integridad de la familia”¹⁵⁹. Por ello se decidió eliminar la expresión “unidad” e incorporar la siguiente frase, sugerida por el mismo ORTÚZAR: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado la protegerá y propenderá su fortalecimiento”. Así, concluye la discusión en un acuerdo general en cuanto a resaltar que la Comisión no se interiorizará en el problema del matrimonio indisoluble y dejará aquello a criterio del Legislador. Queda establecido de la siguiente forma en las actas de la Comisión:

“Consulta [el señor Ortúzar] si habría inconveniente para aprobar esta disposición, dejando constancia de que la Comisión no ha querido en forma alguna inmiscuirse en el problema de la indisolubilidad del matrimonio o intentar resolverlo.

Los señores Diez y Guzmán expresan concordar con esa proposición.

El señor Ortúzar (Presidente) insiste en que ello se haría siempre que se deje claramente en el acta la constancia mencionada.

El señor Guzmán manifiesta que él precisaría más y diría. Queda entendido que la resolución de este problema es de resorte del legislador”¹⁶⁰.

Con este pasaje podría entenderse que siempre estuvo presente el matrimonio en la familia que proponía el constituyente; que a pesar de que no se define familia en la Constitución, en la discusión siempre se entendió el

¹⁵⁹ Intervención Enrique ORTÚZAR. Ibid. p. 291.

¹⁶⁰ Ibid. pp. 294-295

matrimonio como condición *sine qua non* de la familia y que lo único que se discutió fue la indisolubilidad del matrimonio (DIEZ, CORRAL, SILVA). Ante ello, sin embargo, debemos prestar atención al argumento esgrimido por ORTÚZAR para dejar al legislador la regulación del contenido de familia: la libertad de conciencia. Este argumento sienta la base para una interpretación amplia de familia que protege todo tipo de familia y no sólo la matrimonial.

Con ello se deja de manifiesto que la naturaleza jurídica del concepto familia no se pretende definir en nuestra Constitución, ni fue tarea ni objetivo del constituyente hacerlo. A la luz de la discusión sobre la indisolubilidad del matrimonio se puede llegar a concluir que los constituyentes no llenan de manera dogmática el concepto “familia” debido a que ello sería entrar en un tema político y de carácter moral que vincularía a las personas respecto de la familia y su concepción, lo que traería una evidente restricción a la libertad de conciencia y pensamiento. Es así que los comisionados arreglan no valorar axiológicamente el concepto familia y dejarle al legislador tal tarea, como en los casos particulares que vimos en el apartado anterior.

Es cierto, sin embargo, que las Actas Constitucionales no son en sí mismas la verdad última sobre la interpretación de la Constitución, por lo que no es necesario tomar este argumento como vinculante ante nuestra tesis. Pese a ello, dichas Actas ayudan a clarificar por qué es incorrecto asociar constitucionalmente la indisolubilidad del matrimonio al concepto familia. Si los comisionados entendieron que la familia podría ser renovada, a través del

legislador, en el futuro, los inconvenientes jurídicos que tendría definir la familia y darle un contenido axiológico serían nefastos. Es por ello que se deja al legislador, en el caso concreto, tal ejercicio: para una mejor técnica legislativa y un respeto a las libertades de las personas el constituyente prefirió no darle un contenido al concepto familia y que ella siga su curso social correspondiente. Así, el legislador será capaz de acompañar, a través de la ley, los cambios sociales que sufra la familia.

3.3.2) El concepto de familia en la jurisprudencia

Ya abordadas la doctrina y la historia de la norma constitucional, el siguiente paso para reafirmar la tesis en cuanto a que nuestra legislación no define la familia, por lo que es incorrecto vincularla, inseparablemente, al matrimonio, es observar cómo se ha comportado la jurisprudencia en este sentido. Es así que una aproximación jurisprudencial podrá dar mayores luces sobre el fenómeno socio-jurídico de la familia y sus implicancias en el mundo del derecho.

En un primer sentido, la Corte Suprema ha señalado un concepto de familia de carácter homogéneo, destacando que el legislador no ha definido tal concepto. En el primer fallo a observar la Corte Suprema señaló lo siguiente: “nuestra legislación no ha definido expresamente el concepto de familia (...) La norma que se denuncia como infringida se estructura sobre la base de ciertos valores o principios esenciales como son la libertad del hombre; que los

derechos fundamentales de las personas son anteriores y superiores al Estado y la Constitución y, que el Estado, en cumplimiento de su finalidad propia, cual es, promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección”¹⁶¹.

En otro fallo la misma Corte Suprema ha señalado básicamente lo mismo, en cuanto no existe definición legal del concepto familia por lo que no cabe una interpretación que vincule el matrimonio, o hijos, a la familia, señalando lo siguiente: “la idea de familia que cabe entender de las disposiciones que regulan la institución de los bienes familiares, señalada por la sentencia, no está definida en términos generales por el legislador. Empero, el inciso tercero del artículo 815 del Código Civil, inserto en el Título X del Libro II, relativo a los derechos de uso y de habitación, dispone que ‘la familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución’, de suerte que, también, para estos efectos, puede entenderse que hay familia si no existen hijos y los cónyuges viven separados. Finalmente, el diccionario que cita el recurrente, da varias acepciones a la voz ‘familia’, algunas de las cuales en nada contradicen la resolución impugnada”¹⁶².

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago en cuanto a que la familia no es posible definirla, ni es definida en la legislación: “El concepto de familia no aparece definido en nuestro

¹⁶¹ SCS 5022-2004. Considerando Octavo.

¹⁶² SCS 2800-2003. Considerando Decimosegundo.

ordenamiento jurídico, como tampoco –por lo general –en otras legislaciones. Algunos autores acentúan en sus definiciones la importancia del matrimonio y las relaciones de parentesco, en tanto otros amplían el concepto a uniones fácticas, incluyendo aun las convivencias homosexuales. Se trata, pues, de un concepto en continua evolución, tanto en el tiempo como en el espacio”¹⁶³.

3.3.2.1) Tribunal Constitucional

En otro sentido, el Tribunal Constitucional se ha referido al concepto de familia en un reciente fallo sobre la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil interpuesto por el Presidente de la Corte de Apelaciones, Ministro Juan José Muñoz Pardo, en la causa sobre recurso de protección caratulada “Peralta Welzel, César Antonio, y otros con Soto Silva, Juana”. En este sentido, a pesar de que el Tribunal Constitucional ya se había referido antes a la familia y sus implicancias, nunca había conocido, en cuanto se refiriera tan directamente al tema que nos aboca, el matrimonio homosexual. A pesar de que este fallo será analizado más adelante en la sección “Matrimonio”, es menester extraer las conclusiones con respecto al concepto de familia.

En primer término, se destaca la divergencia de los ministros del Tribunal para establecer un concepto de familia. De acuerdo al voto concurrente de los Ministros Marcelo Venegas, Enrique Navarro e Iván Aróstica, el matrimonio heterosexual no contradice los principios de la Constitución política pero: “no

¹⁶³ SCA Santiago 4033-1998.

afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador, y no a esta Magistratura Constitucional, dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución.

Sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las opciones legislativas que los Poderes Colegisladores eventualmente escojan en dicho propósito, se cuidarán estos jueces de adelantar opinión, pues la prudencia que debe gobernar el ejercicio de nuestro ministerio nos exige guardar silencio sobre conflictos futuros, aún más si son hipotéticos, ya que así procuramos ofrecer a la sociedad, más cumplidamente, la garantía de objetividad e imparcialidad que los jueces le debemos.”¹⁶⁴

El segundo párrafo de la cita se menciona para poder adelantar la opinión del Ministro Enrique NAVARRO, quien ya se ha referido como profesor de Derecho Constitucional al concepto de familia en nuestra Constitución, señalando que “[u]na detenida lectura de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en particular de su sesión N° 191, de 18 de marzo de 1976, lleva a la irrefutable conclusión que la familia que se protege es aquella cuyo origen descansa en el matrimonio indisoluble que define el artículo 102 del

¹⁶⁴ STC 1881/10

Código Civil, aún vigente”¹⁶⁵. Su conclusión al respecto es que: “La familia encuentra su base y fundamento esencial en el matrimonio”¹⁶⁶. En este sentido no cabe sino recordar todo lo señalado anteriormente para poder refutar las palabras del profesor.

En la misma óptica de NAVARRO, pero en sentido diverso, la Ministra Marisol PEÑA señaló que “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.”¹⁶⁷ Así, la ministra del Tribunal Constitucional vincula derechamente la familia a un concepto meramente matrimonial en razón del derecho esencial que tiene toda persona a casarse –sólo con personas de distinto sexo en virtud de la procreación. En sus palabras: “la regulación del matrimonio fue remitida por el Constituyente al legislador, teniendo presente no sólo su dualidad de derecho-institución, sino en base a los valores y principios constitucionales que llevan a considerar la estrecha unión entre el matrimonio entre un hombre y una mujer y las funciones de la familia concebida como ‘núcleo fundamental de la sociedad’”¹⁶⁸. En consecuencia, la ministra PEÑA simplemente objeta la idea de

¹⁶⁵ NAVARRO BELTRÁN, Enrique. “Constitución y Familia”. En Revista de Derecho. Año VIII, N° 8-2004. Universidad Finis Tèrrea. pp. 27-32. Extraído de Microjuris.cl En la web: [http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD326&links=\[CONCEPT,%20FAMIL\]](http://microjuris.cl/getContent?reference=MJCH_MJD326&links=[CONCEPT,%20FAMIL])

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ STC 1881/10.

¹⁶⁸ Ibid.

la Corte Suprema en cuanto a que no existe un contenido constitucional, ni legal de la familia; para ella familia se funda en el matrimonio heterosexual.

Opinión distinta tienen los ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García, quienes señalan que la “Constitución no se refiere al matrimonio: no lo define ni fija sus características”¹⁶⁹, como tampoco “vincula el matrimonio con la protección de la familia”¹⁷⁰. Los ministros explican que nuestro ordenamiento jurídico establece que “[t]odo matrimonio da origen a una familia, pero no todas las familias tienen su origen en un matrimonio”¹⁷¹, por lo que “la Constitución tampoco define un modelo de familia”¹⁷². Se puede entonces concluir que en la opinión de los ministros, “[n]o se establece una suerte de discriminación entre la familia fundada en un matrimonio legalmente celebrado y las diversas formas de familias de hecho. La Constitución protege todos los tipos de familia”¹⁷³.

La misma situación, de posiciones divididas en cuanto al concepto familia, sucede en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No existe una uniformidad doctrinal en los fallos de dicho Tribunal al pronunciarse sobre la familia. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias ha declarado la constitucionalidad de los preceptos legales que favorecen las familias de hecho y/o amplias. Sin embargo, de aquello no puede concluirse

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

que el Tribunal Constitucional ha sentado un precedente doctrinario en cuanto al concepto de familia en nuestra Constitución; en sus fallos existen posiciones divididas que hacen que no esté zanjado el asunto.

En primer lugar tenemos la sentencia Rol 318, que declara la constitucionalidad de la modificación al artículo 26 n°1 de la Ley 16.618 sobre menores y el nuevo artículo 48 del mismo proyecto de ley. En la sentencia se establece la constitucionalidad de los nuevos preceptos amparando una familia amplia sin necesidad de conectar el matrimonio a la familia. Dicho artículo 48 inciso sexto establece que: “El juez, luego de oír a los padres y a la persona que tenga el cuidado personal del menor, podrá conferir derecho a visitarlo a los parientes que individualice, en la forma y condiciones que determine, cuando parezca de manifiesto la conveniencia para el menor; y podrá, asimismo, suprimirlo o restringirlo cuando pudiera perjudicar su bienestar.” En este precepto se hace una implícita aprobación a una familia no matrimonial amplia, en cuanto cada uno de los miembros tiene derecho a visitas cuando éstos no posean el cuidado personal del niño o adolescente¹⁷⁴.

Posición contrapuesta ha sostenido el mismo Tribunal en la sentencia Rol 329 declarando la constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley 14.908 sobre el abandono de familia y pago de pensiones alimenticias. En este sentido cabe analizar el artículo 2 inciso 1° en cuanto señala que: “De los juicios

¹⁷⁴ STC 318.

de alimentos que se deban a menores, al cónyuge del alimentante cuando éste los solicitare conjuntamente con sus hijos menores, o a parientes mayores y menores de edad que los reclamaren conjuntamente, conocerá el juez de letras de menores del domicilio del alimentante o del alimentario a elección de este último. Dicha competencia no se verá alterada por llegar el menor a la mayoría de edad mientras el juicio se encontrare pendiente.” En este caso, el Tribunal Constitucional ha establecido que las familias se componen por una constitución matrimonial en cuanto a la expresión “cónyuge del alimentante”, excluyendo los derechos subjetivos de alimentos de las parejas que se establezcan de hecho. A pesar de ello, la sentencia no contiene una definición de familia que pueda vincular la constitucionalidad de la norma con el concepto de familia que entiende el Tribunal Constitucional¹⁷⁵.

Digna de análisis es también la sentencia recaída en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol 698 respecto de una trabajadora sujeta a contrato de plazo fijo que goza de fuero maternal¹⁷⁶. En ella se alega que al “al quedar embarazada [la requirente], la relación contractual válidamente celebrada se ha subsumido en una situación de mayor importancia en el ordenamiento jurídico, como es el embarazo y la protección de la maternidad, para lo cual el Código del Trabajo establece como garantía el fuero,

¹⁷⁵ STC 329.

¹⁷⁶ Causa rol n°2600-2009 caratulada “Sociedad Concesionaria Autopista Central con Ivonne Osses Gálvez”.

que debe superponerse a cualquier estipulación contractual”¹⁷⁷. Establece que el artículo 174 del Código Laboral¹⁷⁸ “se opone a toda la legislación que protege la maternidad y contradice la Constitución”¹⁷⁹ debido a que la maternidad (y aquí la requirente argumenta de forma implícita que el matrimonio es ajeno al concepto de familia constitucional, debido a que la maternidad sería suficiente para establecer una familia) constituye un valor de protección constitucional por lo que debiese ser inaplicable la norma laboral en el fondo del asunto.

A pesar de los argumentos de la requirente, el Tribunal desecha el requerimiento debido a que “[S]i bien el artículo 1° de la Constitución Política, en su inciso segundo, reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y en su inciso cuarto establece que ‘el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible’, ello no obliga al Estado a convertir el vínculo laboral temporal de una mujer embarazada en permanente, el que, de establecerse, significaría la imposición de una carga al empleador, pues existen otras fórmulas a través de las cuales el Estado puede cumplir su misión servicial a favor de las

¹⁷⁷ STC 698/06.

¹⁷⁸ Art. 174 Código del Trabajo: En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.

¹⁷⁹ STC 698/06.

personas”¹⁸⁰. Con ello, el tribunal no decide pronunciarse sobre el contenido del concepto familia pero excluye, indirectamente, una familia basada en la mera maternidad, lo que nos hace preguntarnos: ¿no será que acaso se estaría protegiendo un concepto familiar matrimonial?

Cabe, por último, mencionar la visión disidente del fallo del ministro Mario Fernández, señalando que: “la situación de maternidad de la requirente se superpone a las normas del Código del Trabajo que regulan su situación laboral si se respeta en su cabalidad lo prescrito en el segundo inciso del artículo 1º de la Constitución: ‘La familia es el núcleo fundamental de la sociedad’. Su condición de madre soltera no hace sino acentuar el carácter protector que el precepto constitucional señalado adquiere respecto de sus reclamaciones”¹⁸¹. Aquí, el Ministro sí se pronuncia sobre una eventual familia y su debida protección en virtud del artículo primero. Para el profesor y ex-ministro del Tribunal la mera maternidad satisface la concepción constitucional de familia por lo que la norma debería haber sido declarada inaplicable. Ello revela la posición de que el matrimonio no es una condición *sine qua non* al concepto de familia constitucional por lo que ponemos acento a este voto disidente.

Con ello se expresa la ambigüedad que ha tenido nuestro Tribunal Constitucional al intentar una definición jurisprudencial al concepto de familia. Así, a pesar de opiniones oficiales como la de Carmona, Viera-Gallo o Mario Fernández en cuanto a la protección constitucional de un concepto amplio de

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid.

familia, no existe una uniformidad jurisprudencial que permita desarrollar plenamente una concepción de familia amplia. El concepto sigue siendo debatido, al menos, en el Tribunal Constitucional.

4) Conclusión sobre el concepto de familia

Como vimos, el concepto de familia no puede ser establecido como un concepto pétreo o fosilizado sino más bien debe adecuarse a los tiempos en que la sociedad vive. La familia es una expresión de la sociedad por lo que su definición, si es que existiese alguna, debiese regirse por las dinámicas que las sociedades experimentan más que por la voluntad legislativa de un Estado. En este sentido parece, a todas luces, un error conceptual tratar de definir jurídicamente la familia, ello debido a su naturaleza dinámica y mutable en el tiempo. Es en este contexto que se incorpora a nuestra legislación el concepto de familia sin poder entender muy bien de qué hablamos cuando hablamos de familia. La doctrina se ha dividido en dos vertientes: una cree que la familia constituye un concepto más bien restringido cuya esencia, y por ende la que protege nuestra Constitución en su artículo primero, es el matrimonio; por lo que se entendería única y exclusivamente que existe familia en la medida en que estemos en presencia de un matrimonio. Otros señalan que la familia es más bien un concepto amplio en cuanto incorpora tanto parejas de hecho, familias matrimonialmente constituidas como también padres solteros, etc. La segunda

opinión es la que resulta más adecuada en nuestro ámbito social nacional: sólo 30.19% de los niños nacidos hasta noviembre del 2012 lo hicieron dentro del matrimonio; existen 2.411.754 familias que se constituye de diferentes formas que no sea una familia biparental nuclear y existen 2.253.846 millones de hogares que no se constituyen en base a un matrimonio. Además, se ha podido corroborar que la figura del matrimonio ha ido en constante modificación a lo largo del tiempo: pasando de un matrimonio incestuoso (familia consanguínea) a la concepción cristiana moderna del matrimonio en donde el *affectio maritalis* es lo más relevante; pasando desde una concepción económica de familia a una concepción en torno al mayor desenvolvimiento de la personalidad de los componentes de la misma familia. Por tanto se hace muy difícil entender el matrimonio y la familia como elementos “trascendentales” y *naturales*.

En la misma dirección, nuestro constituyente no quiso, deliberadamente, instalar un concepto de familia en la Constitución de 1980 debido a las dificultades prácticas que podía tener aquel ejercicio. Por su parte, nuestra legislación ha tendido a reconocer jurídicamente las parejas de hecho y distintas conformaciones familiares, distintas al matrimonio. En el mismo sentido la Corte Suprema ha sido categórica en establecer que el concepto de familia no está definido, por lo que sería un error vincularla esencialmente al matrimonio. El argumento más poderoso para poder promover una noción de familia “amplia” es la protección de los derechos fundamentales de las personas: la familia en su versión amplia puede incorporar todos aquellos

proyectos personales y familiares que las personas deseen por lo que se respetaría la libertad de conciencia, la intimidad y el desarrollo espiritual de los individuos; además, ampliar el espectro de familia permitiría también proteger otros valores que garantiza nuestra Constitución como el interés superior del niño, la igualdad patrimonial entre hombres y mujeres, etc. En definitiva, a la luz del derecho, debiese ampliarse el concepto de familia.

Así este capítulo intenta argumentar que el concepto familia no tiene como condición *sine qua non* al matrimonio –como lo establecen los juristas conservadores de este país- porque podemos observar que el concepto de familia obedece a más bien a razones sociológicas que a una concepción jurídica. Por ello, nuestra Constitución permitiría proteger todo tipo de familia y no sólo a la matrimonial. Esto tiene importantes consecuencias: si en virtud del desarrollo personal se protegen diversos proyectos familiares, por ejemplo, las uniones de hecho están protegidas constitucionalmente y a un eventual matrimonio entre personas del mismo sexo también le cabría protección constitucional. Así podrían resolverse un sinnúmero de discusiones en torno al concepto familia teniendo como principio, que “la ley debe acompañar el cambio social, sin precipitarlo ni frenarlo”.

Recapitulando: si no es posible desde un punto de vista de la persona, tanto en base a la protección de su libertad como a la igualdad en derechos que dice el Estado amparar, prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, entonces sólo existirían elementos públicos de gran trascendencia que podrían

limitarlo. En este sentido, el principal argumento en contra del matrimonio igualitario es que atentaría contra el valor público fundamental de la familia, ello debido a que ésta se basa en el matrimonio (heterosexual del Código Civil). Sin embargo, hemos podido dilucidar que tal conclusión es incorrecta: no es posible entender que es familia única y exclusivamente aquella basada en el matrimonio, debido a que no presenta elementos naturales en los cuales podamos sustentar aquella tesis; aún más, la familia constitucional se inserta en una protección de la persona y de sus planes de vida; ergo, en la medida que aceptemos una familia amplia podremos proteger los distintos proyectos de vida que nuestra Constitución dice amparar.

Así entonces, sólo queda preguntarse si desde un punto de vista de derecho civil el matrimonio debe ser considerado necesariamente como heterosexual y por qué. La idea, al menos desde un punto de vista constitucional, está casi resuelta: ni desde los derechos fundamentales de la persona ni desde el concepto de familia es posible prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo, por tanto ¿por qué hacerlo?.

CAPÍTULO III.- MATRIMONIO

1) Introducción histórica al matrimonio

En el capítulo anterior se pudo concluir que las instituciones de la familia y el matrimonio no se identifican, pero se relacionan muy fuertemente la una con la otra. Como ya hemos señalado, todo matrimonio funda familia pero no toda familia debe fundarse en el matrimonio, por dos razones expresadas en el capítulo anterior: (1) el matrimonio no es la composición ni principal ni fundamental de los hogares chilenos y (2) el matrimonio, al igual que el fenómeno de la familia, ha cambiado su dinámica a lo largo de la historia. Es por ello que es menester introducirnos al matrimonio a través de la historia para poder lograr una comprensión más acabada sobre esta institución y entender de dónde proviene la idea de un matrimonio heterosexual en el cual existe una relación de fidelidad y cooperación que es consecuencia de un acto de amor erótico.

Las distintas concepciones y orígenes que se le han dado al matrimonio y la familia, según el punto 2 recién señalado, hacen vislumbrar la dinámica del matrimonio. Para ENGELS es la propiedad privada la causante del matrimonio monógamo tradicional señalando que: “[D]e ninguna manera fue fruto del amor sexual individual con el que no tenía nada de común, siendo el cálculo, ahora como antes, el móvil de los matrimonios. Fue la primera forma de familia que no se basaba en condiciones naturales, sino económicas, y concretamente en el

triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva, originada espontáneamente”¹⁸². Por otro lado, DE COULANGES señala que el matrimonio no es más que una expresión de la religión, que se expresa como liturgia para la continuación del credo. Es por ello que el matrimonio se establece como un fenómeno social para poder generar descendencia que pueda continuar con la religión domestica, determinando a la religión como el fundamento principal y más valioso del matrimonio¹⁸³. Por último, la idea de matrimonio en FOUCAULT sigue ambas lógicas utilizadas hasta aquí; para FOUCAULT era el *oikos* el principal objetivo del matrimonio, por lo que se entiende éste como un fenómeno más bien económico que erótico o religioso, no por ello dejando de poner énfasis en la procreación como acto clave dentro del mismo: “la relación entre los esposos no tenía para los griegos de la época clásica ninguna función más que el sólo cálculo que aliaba a dos familias, dos estrategias, dos fortunas y que no tenía más objetivo que producir una descendencia”¹⁸⁴.

Ni siquiera la llegada del cristianismo trae aparejada la idea del monopolio sexual en base a un *amor erótico*, sino que el matrimonio cristiano tiene una concepción del sexo más bien instrumental en pos de la procreación; y por ello es que el Concilio de Trento de 1563 señala que los objetivos del matrimonio son la propagación y crianza de los hijos¹⁸⁵. No es sino hasta el siglo XVIII que los roles de esposa y concubina se unen, adoptando ideales de

¹⁸² ENGELS, Federico. Op. cit. p. 235.

¹⁸³ DE COULANGES, Fustel. Op. cit. p. 112.

¹⁸⁴ FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 164.

¹⁸⁵ MERIN, Youval. Op. Cit. p. 11.

amor dentro del matrimonio, debido a que la mujer empieza a tener una mayor autonomía dentro de la familia y la sociedad, además de una mayor equidad tanto legal como educacional, resultando que “la mujer incrementa su estatus y poder de decisión dentro de la familia”¹⁸⁶.

En este sentido se establece el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico: el derecho canónico, influenciado por el derecho romano, influencia los códigos decimonónicos consagrando el matrimonio como un contrato en que se une una mujer y un hombre (elemento de diversidad sexual necesario para la procreación) con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Con esta definición de matrimonio entre hombre y mujer para la procreación, se entra a la discusión de si es posible o no un matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Es posible, a pesar de que a lo largo de la historia se ha entendido, por diferentes razones, que la procreación es un elemento prescindible dentro del matrimonio? ¿Qué razones hacen que la procreación hoy en día sea entendida como un elemento tan valioso como lo es hoy? ¿Se podrá concebir al matrimonio como una institución verdaderamente laica, individual e igualitaria en donde primen los derechos fundamentales de las personas con la regulación que tenemos hoy en día en Chile? Éstas son algunas de las preguntas que se tratará de responder en este capítulo.

¹⁸⁶ Ibid. p. 23.

El objetivo de este capítulo es poder analizar tanto los argumentos que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo como aquellos argumentos favorables al matrimonio igualitario. En este punto, es fundamental identificar qué elementos provienen del derecho canónico, cuáles siguen vigentes y en qué sentido podemos incorporar (o no) tales criterios. Con ello se presentará un panorama general del matrimonio y se creará una imagen de cómo debiésemos entender el matrimonio secular y laico, distinguiéndola de aquel con orientación canónica.

Por otro lado se busca desenmarañar la naturaleza jurídica del matrimonio para poder esbozar qué es lo que hay detrás de la idea *esencial* de la diversidad sexual de los contrayentes. ¿Podría ser correcto, desde las ciencias jurídicas, establecer un elemento *esencial* en un contrato tan *sui generis* como el matrimonio? ¿Qué hay detrás de los elementos “naturales” del matrimonio que impiden, desde una óptica jurídica, el que dos personas puedan contraer matrimonio? Con estas respuestas podríamos saltar el último obstáculo que se interpone en la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El capítulo se organiza de la siguiente forma: (1) se verá el panorama general del matrimonio en Chile para poder pasar luego a desentrañar los elementos que componen la naturaleza jurídica del matrimonio; (2) se analizará la noción de *ius connubi* y el requisito de diversidad de sexo dentro del

matrimonio, además de analizar qué es lo que comprende la palabra matrimonio; y (3) se analizará la finalidad de la procreación dentro del matrimonio, presentando una visión crítica de todos estos elementos desde una perspectiva constitucional que dé pie a conclusiones consecuentes con nuestra Carta Fundamental.

2) Panorama general del matrimonio en Chile¹⁸⁷

El matrimonio se define en el artículo 102 del Código Civil como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. En este sentido es que podemos extraer sus distintos elementos, y aquellos son:

- a) Es un contrato;
- b) Es solemne;
- c) Se celebra entre un hombre y una mujer, marcando la heterosexualidad del vínculo y la unicidad del mismo;
- d) Se unen de manera actual e indisoluble y para toda la vida;
- e) Con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

En primer lugar, la idea de que el matrimonio es una forma de contrato es controvertida debido a las disimilitudes que tiene el matrimonio con otros

¹⁸⁷ En este acápite se utilizan principalmente los apuntes obtenidos en clases de Derecho Civil VI por don Gonzalo Figueroa Yáñez dictado en semestre Otoño 2010 y Ramos Pazos, René. Op. Cit.

contratos dentro del Código Civil. En este sentido se ha establecido las siguientes teorías al respecto:

- a) Es un *contrato*, pues el acuerdo de voluntades crea la relación jurídica, aunque es un contrato sui generis. Sin embargo, se puede observar que existen ciertas normas en el Código que limitan la autonomía de la voluntad, por ejemplo el que dos personas del mismo sexo se puedan casar, lo que demuestra la diferencia entre el contrato y el matrimonio. Esta tesis carece de explicaciones sobre algunas características propias del matrimonio en sus orígenes, como su perpetuidad e indisolubilidad.
- b) Es un *acto del Estado*, que a través del oficial civil une a las partes en un matrimonio. La voluntad de las partes sólo es un presupuesto necesario. En nuestra legislación se aprecia que la función del oficial del Registro Civil es mucho mayor a la de un simple ministro de fe: es él quien los une. Esta es la posición del profesor RAMOS en cuanto considera que al ser el oficial del Registro Civil quien une a los contrayentes no es sino el mismo Estado, a través del oficial, quién origina el vínculo. Así queda de manifiesto en el artículo 18 de la Ley de Matrimonio Civil (LMC) en cuanto: “preguntará a los contrayentes si

consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer, y con la respuesta afirmativa, los *declarara casados en nombre de la ley*¹⁸⁸.

- c) El matrimonio es una *institución*. El acuerdo de voluntades es sólo el acto de fundación que le da origen. Una vez constituida, cobra existencia propia y su estatuto, fijado por la ley civil, no puede ser alterado por la voluntad de los fundadores. A pesar de ello el mismo RAMOS considera que al ser el matrimonio una institución en que debe intervenir el Estado¹⁸⁹, no son excluyentes la idea de institución con acto del Estado. En este contexto analizaremos profundamente el matrimonio en las siguientes secciones: si entendemos el matrimonio como un acto del Estado, o una institución, los contratantes deben respetar las directrices estatales o, que es lo mismo, las constitucionales. Por esto se debe mirar el matrimonio como una institución especial que respete los derechos fundamentales de las personas y ello sólo es posible si las instituciones mismas se involucran con la *constitucionalización* del derecho de familia.

El segundo elemento de concepto de matrimonio es su solemnidad. Son dos sus principales solemnidades: la presencia de un oficial del Registro civil y la presencia de dos testigos hábiles.

¹⁸⁸ RAMOS PAZOS, René. Op. cit. p. 29. Curioso al menos es cómo se manifiesta el oficial del Registro Civil en la forma en que celebra el matrimonio, asemejando notablemente a lo que hace un sacerdote al casar a una pareja cristiana.

¹⁸⁹ Ibid. p. 30.

El tercer elemento corresponde a la heterosexualidad del contrato (o institución) de matrimonio. Su análisis en detalle se hará en las siguientes secciones.

El cuarto elemento, esto es, el ser una unión “actual” e “indisoluble” por toda la vida, corresponde a hechos distintos a la realidad, al menos en cuanto a su indisolubilidad: desde la aprobación de la LMC existe el divorcio vincular. Sin embargo, la doctrina ha argumentado, al igual que la Cámara de Diputados en la historia fidedigna de la ley, que el divorcio es meramente excepcional, y de ahí deriva la conservación de la redacción clásica del artículo 102 del Código Civil¹⁹⁰ y no derechamente reformarlo.

El último elemento se refiere a los fines del matrimonio: “vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. Este punto también se analizará en detalle, pero cabe destacar el comentario de RAMOS: “deberá tenerse presente que la finalidad no sólo es procrear, porque si así fuera, no se admitirán los matrimonios de ancianos, de personas enfermas o el artículo de muerte”¹⁹¹.

Cabe destacar, también, lo establecido en la LMC, en su artículo primero inciso primero: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia”. Luego, en su artículo 2 señala que “La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la

¹⁹⁰ Véase CORRAL TALCIANI, Hernán. “Ley de Divorcio. Las razones de un no”, Estudios de Derecho Actual, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2001. p. 40 y Boletín del Senado n° 1759-18. p. 17.

¹⁹¹ RAMOS PAZOS, René. Op. cit. p. 31

persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. Aquí nos topamos con la noción amplia de familia y con el *ius connubi* como una técnica del legislador para otorgarle protección constitucional al matrimonio. A este punto me referiré en las siguientes secciones.

Siguiendo con el panorama general del matrimonio en Chile, cabe mencionar la diferencia entre los requisitos de existencia y de validez. En primer lugar, la doctrina uniformemente ha enumerado los siguientes requisitos de existencia:(1) la presencia del oficial del Registro Civil, (2) la diversidad de los sexos en los contrayentes y (3) el consentimiento. La diferencia radica en que no se produce nulidad absoluta sino inexistencia sin más. Ello quiere decir que no se requiere que un tribunal lo resuelva, sino que de manera *ipso facto* el matrimonio no existe, nunca nació al mundo del derecho. La teoría de la inexistencia de los actos jurídicos nace precisamente frente a la pregunta que surgía si dos personas del mismo sexo se casaban (ZACHARIAE): si era absolutamente nulo el matrimonio igualmente hubiese entrado en el mundo jurídico, cuestión que resultaba inaceptable por la naturaleza del matrimonio. Adicionalmente, la idea de nulidad no resolvía completamente el problema porque eventualmente podría declararse como un matrimonio putativo y producir los mismos efectos civiles que un matrimonio válido. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que el matrimonio inexistente “es sólo una apariencia de

matrimonio, porque carece de los elementos sin los cuales no puede concebirse el acto”¹⁹².

Por otro lado tenemos los requisitos de validez del matrimonio que son: (1) consentimiento libre y espontáneo, (2) capacidad de los contrayentes y (3) presencia de dos testigos hábiles.

También cabe mencionar que se reconoce la existencia y validez del matrimonio celebrado ante entidad religiosa que tenga personalidad jurídica de derecho público, como también del matrimonio celebrado en el extranjero. En ambos casos debe cumplirse con los requisitos legales del matrimonio civil, descartándose un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante entidad religiosa o bien en el extranjero. El artículo 80 LMC consagra expresamente la imposibilidad del reconocimiento del matrimonio igualitario en Chile señalando: “Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.”

Por último cabe analizar el divorcio. Las causales del divorcio nos muestran una imagen de nuestro matrimonio chileno como fenómeno social: una institución que protege la monogamia heterosexual entre cónyuges, en la

¹⁹² Ibid. p. 33.

cual se protegen y auxilian mutuamente en pos de la relación de pareja y los hijos que de éste provengan.

- Causales de divorcio-sanción:

Señala el Art. 54 LMC. “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común¹⁹³.

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

1º Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2º Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio;

3º Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII,

¹⁹³ Causal genérica.

del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4° Conducta homosexual;

5° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y

6° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.”

Frente a la demanda, el juez debe ponderar si hubo incumplimiento de los deberes, y si este incumplimiento es de tal entidad que haga intolerable la vida en común. Las causales enumeradas no son taxativas. Cabe destacar el numeral 2° como “transgresión de deberes de fidelidad” pues nos permite apreciar cómo el matrimonio es una institución que protege el monopolio sexual del cónyuge. Adicionalmente, es digna de comentario la separación que el legislador realiza entre infidelidad y conductas homosexuales: ¿quiere decir que las actividades heterosexuales fuera del matrimonio son distintas a las homosexuales?; ¿una actividad sexual entre dos personas del mismo sexo no cae en el supuesto de relación sexual extra-marital constitutiva de infidelidad? Y si no es una infidelidad, ¿qué es?.

3) Análisis desde una perspectiva constitucional de la naturaleza jurídica del matrimonio civil chileno.

Así, en primer lugar, se analizará el concepto de *ius connubii* como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. El objeto es preguntarnos si este (supuesto) derecho fundamental a casarse también involucra a las personas homosexuales, y si los implica jurídicamente, explicar según qué criterios se niega tal derecho. En segundo término se analizarán las finalidades del matrimonio y su concordancia con la posición conservadora de impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Conjuntamente se analizará la inexistencia del matrimonio en el caso que dos contrayentes del mismo sexo celebren un contrato de matrimonio civil en Chile y sus implicancias en relación con los derechos fundamentales de las personas y la naturaleza jurídica del mismo matrimonio.

3.1) *Ius Connubii*

Como vimos, el artículo 2 de la LMC consagra como derecho a contraer matrimonio o el *ius connubii*. En él se establece que la facultad de contraer matrimonio es un derecho *esencial* e *inherente* a la persona humana. Ello deriva de la típica forma de entender las instituciones del Estado como una materialización contractualista (sea HOBBS, ROUSSEAU, LOCKE, etc.) en que la persona humana es previa y anterior al Estado, por lo que se debe respetar ciertos derechos básicos y propios de la naturaleza humana, como por ejemplo la libertad o la vida. En este sentido, el derecho *esencial* e *inherente* de la persona humana se erige como una libertad, en un sentido negativo a lo

BERLIN¹⁹⁴, en que nadie ni nada puede coaccionar la voluntad de un sujeto a contraer matrimonio con su pareja. Es decir, nuestro reconocimiento como agentes racionales dotados de libertad, que se consagra en nuestra Carta Fundamental, implica la idea de contraer libremente matrimonio. Así, la idea de los legisladores era dotar al *ius connubii* de carácter constitucional. Dicha idea, no obstante, falla en lo siguiente: es cierto que existe la libertad “de unirse de manera estable dos personas a lo largo de la vida; quizás bajo los ritos religiosos denominados matrimonio, quizás según reglas tradicionales de una moral que se denominan matrimonio(...)”¹⁹⁵; sin embargo, bajo la óptica de los derechos naturales, previos al Estado de Derecho, no puede existir el reconocimiento del matrimonio en función de un ordenamiento jurídico, pues el ordenamiento jurídico es inexistente en esta fase del derecho natural. Por ello que la frase recién citada de ALDUNATE termina señalando: “pero no a contraer matrimonio según un ordenamiento jurídico que, en este análisis, es inexistente”¹⁹⁶. Es en este sentido que el autor citado crítica que su consagración porque parece inútil dentro de la lógica que impera nuestro ordenamiento jurídico. Además ya existía la consagración a los derechos connaturales, expresado en nuestro artículo 5 inciso segundo de la Constitución, y ella más bien corresponde a una función limitadora al ejercicio

¹⁹⁴ Véase Capítulo I punto 2 y siguientes, “Concepto de libertad” y “Libertad Negativa” en especial.

¹⁹⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “El derecho esencial a contraer matrimonio”, en “El nuevo Derecho chileno del Matrimonio” coord. Álvaro Vidal Olivares, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 45.

¹⁹⁶ Ibid.

del poder del Estado, en virtud de la cual son indisponibles los derechos *inherentes a la persona humana* por ser, precisamente, anteriores al Estado. Esta consagración “natural” del derecho a casarse parece ser una paradoja dentro de la lógica constitucional.

Por otro lado, la libertad fundamental de las personas para contraer matrimonio es herencia de la jurisprudencia romana y del *Corpus Juris Civilis* que establecían el *conubium*, que a su vez fue consagrado en el Derecho Canónico, influenciando nuestro ordenamiento jurídico. Algunos ejemplos son los Códigos *Codex Iuris Canonici* de 1917¹⁹⁷, el *Codex Iuris Canonici* de 1983¹⁹⁸ y el canon 778 del *Condez Connum Ecclesiarum Orientalium* de 1990¹⁹⁹. También en los tratados de Derechos Humanos se encuentra consagrada dicha noción: en el artículo 16.1²⁰⁰ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 6.2a²⁰¹ de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967, y el Pacto Internacional de

¹⁹⁷ Canon 1035: “*Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure no probibentur*” (“Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no lo prohíbe”).

¹⁹⁸ En el canon 1058 de forma idéntica a la de 1917.

¹⁹⁹ Canon 778: “*Omnes possunt matrimonium inire qui iure non prohibentur*” (“Pueden contraer o celebrar matrimonio todos aquellos a quienes no les está prohibido por el derecho”).

²⁰⁰ “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad y religión, a casarse y fundar una familia; disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

²⁰¹ “Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa, y en particular: a) la mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio sólo mediante su pleno y libre consentimiento”.

Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 23.2²⁰², todos ellos suscritos y ratificados por Chile, e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno vía artículo 5 inciso 2° (a pesar de sus críticas).

En este sentido, la doctrina nacional ha entendido el *ius connubi* como un derecho fundamental y capaz de ejercerse de manera *erga omnes*, lo que no significa, claro está, establecer un deber de contraer matrimonio²⁰³. En este mismo sentido es que BARRIENTOS y NOVALES entienden que los caracteres de *inherente y esencial* no son sino una forma de vincular el derecho con la idea de “personas libres e iguales” que consagra nuestra Constitución. Siguiendo la misma línea, se refiere el profesor Jorge DEL PICÓ en cuanto que el *ius connubii* es “un derecho esencial de la persona humana y no meramente una proyección de un derecho ciudadano, constituyéndose en un principio fundamental del Derecho matrimonial occidental, asentando con fuerza a contar de la segunda mitad del siglo XX. No es por tanto una concesión del legislador, sino una exigencia de justicia que la misma naturaleza humana fundamenta”²⁰⁴ que en coherencia con la doctrina en general, la reconoce como una vinculación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana y al interés social de la irrenunciabilidad de los derechos “previos al Estado”. El profesor DEL PICÓ señala que la consagración de este derecho en la LMC tiene por objeto

²⁰² “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

²⁰³ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR. Op. cit. p. 146.

²⁰⁴ DEL PICÓ RUBIO, Jorge. “Derecho matrimonial Chileno”, Santiago de Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010. pp. 128-129.

“asegurar el consentimiento libre de los contrayentes”²⁰⁵, concordando con la postura de BARRIENTOS y NOVALES en cuanto señalan que el *ius connubi* tiene dos dimensiones: una positiva, como un “derecho a contraer matrimonio, ausente de toda traba, embarazo, obstáculo o impedimento”²⁰⁶, que rescata la misma idea de libertad negativa de Berlin; y una negativa, que implica el derecho a no contraer matrimonio, lo que se materializa en la ausencia de cualquier coacción que pretenda dirigir la voluntad de las personas a contraerlo, es decir, también una forma de entender el matrimonio como una libertad (negativa). Es en este sentido que se declara entonces como un derecho universal, por lo que “la incapacidad para el ejercicio de ese derecho no puede ser circunstancial, ni neutra, ni voluntaria. Por consiguiente, debe proceder sólo en casos graves y justificados, siendo además una materia de regulación legislativa obligatoria e interpretación restrictiva”²⁰⁷. Esta idea también la suscriben BARRIENTOS y NOVALES en cuanto, supuestamente, el derecho a contraer matrimonio estaría amparado en virtud del artículo 19 n°26 de nuestra Constitución²⁰⁸.

La cuestión que se suscita ahora es la siguiente: si entendemos, a pesar de la objeción de ALDUNATE, el *ius connubii* como un derecho inherente a la

²⁰⁵ Ibid. p. 130.

²⁰⁶ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Op. cit. p. 147.

²⁰⁷ ISLER SOTO, Erika. “Los principios de la Ley 19.947: análisis y desarrollo” en *Ars Boni et Aequi*, 2009 – [en la web] dialnet.unirioja.es. p. 96.

²⁰⁸ Véase BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Op. cit. p. 151. A pesar de la desprolijidad jurídica que es establecer un derecho constitucional en una ley. Véase ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Op. cit. p. 42.

persona humana, previa al Estado –ergo al matrimonio civil- a celebrar un contrato de matrimonio de carácter legal ¿en virtud de qué razones se le priva a las personas homosexuales el derecho “esencial” a casarse? ¿Dónde está la idea de igualdad –propia también de los derechos naturales previos al Estado- del *ius connubii*? Es verdad que uno podría, desde una perspectiva constitucional, no agregar peso alguno al “derecho esencial de casarse” debido a que se considera inapropiado establecer desde una perspectiva legal (Art.2° LMC) un derecho, a todas luces de carácter constitucional. Así lo señala el profesor ALDUNATE: “la consagración de la facultad de contraer matrimonio en el artículo 2° de la Ley N° 19.947 es inconsistente con el uso de la expresión en el orden constitucional, y del todo inútil como garantía de la respectiva facultad, que, por lo demás, ya se encontraba bajo una mejor protección en los pactos internacionales”²⁰⁹. Sin embargo, los tratados lo consagran, por lo que es necesario hacer frente a la problemática de por qué esta protección legal o “constitucional”, si se quiere, no involucraría a las personas homosexuales para contraer matrimonio con personas de su misma orientación sexual. La doctrina ha respondido que cuando se habla de matrimonio, se habla de un vínculo heterosexual, excluyendo a las parejas del mismo sexo, es decir, que el matrimonio correspondería, por su naturaleza pre-estatal, a un vínculo entre un hombre y una mujer. Es por ello que, por ejemplo, en el caso de España, “el

²⁰⁹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. Op. cit. p. 47.

artículo 32 CE se habla de hombre y mujer²¹⁰; mención que contrasta con los términos genéricos y neutros de los ciudadanos, todas las personas o todos los españoles que por doquier aparecen en el resto del articulado²¹¹. En el mismo sentido lo señala el catedrático Daniel TIRAPU: “La doctrina y la jurisprudencia, al referirse al *ius connubii*, como derecho fundamental de la persona humana, lo conectan con las nociones de masculinidad y feminidad, precisamente por ser el matrimonio la peculiar relación en la que el hombre emite como varón y la mujer en cuanto tal un consentimiento verdaderamente matrimonial²¹²; así, el profesor, refiriéndose al artículo 32 de la Constitución española (y a la consagración del *ius connubii* en su legislación), señala que: “En efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución proclame que 'el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica' no autoriza a concluir que al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión entre sí, la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución del artículo 32, dedicado a los derechos y libertades fundamentales, el único que se preocupa de precisar que el hombre y la mujer son los titulares del *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas genéricas o impersonales como 'todos', 'toda persona', 'se

²¹⁰ Como también en los tratados internacionales y en la Ley de Matrimonio Civil.

²¹¹ ASÚA GONZÁLEZ, Clara. “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Reflexiones al hijo de la ley 13/2005” En, Revista “Nuevas familias y principio de igualdad: un debate abierto”, colección “, San Sebastián, España, Jornadas de Derechos Humanos n°9”, 2005. p. 50.

²¹² TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel. “La cuestión no cerrada del matrimonio homosexual” En, Revista de Estudios jurídicos n°10/2010 (Segunda época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España) Versión electrónica: rej.ujaen.es p. 2.

garantiza', 'se reconoce', 'tienen derecho', sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona."²¹³

En consecuencia, la doctrina en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo derivaría que el *ius connubii* no es más que una consagración de carácter natural, debido a que el matrimonio desde siempre, y en su aspectos esenciales, corresponde a un vínculo entre una mujer y un hombre, por lo que toda forma de entendimiento distinto simplemente no sería un matrimonio. La cuestión será entonces establecer de qué forma la naturaleza del matrimonio se vincula con la heterosexualidad del matrimonio y cómo es que, desde una perspectiva antropológica, se permite un matrimonio entre un hombre y una mujer.

3.2) La naturaleza del matrimonio: entre un hombre y una mujer.

Aquí la cuestión es la siguiente: si el *ius connubii* es un derecho esencial para contraer matrimonio debiese estar reconocido en nuestro ordenamiento jurídico para todas las personas, sin importar sexo, nacionalidad, color o raza. A pesar de ello, los homosexuales no pueden contraer matrimonio en Chile. Ello porque el matrimonio es una institución en que la heterosexualidad es parte de su naturaleza; si los contrayentes son homosexuales, no podemos hablar de

²¹³ Ibid.

matrimonio sino de otra institución jurídica pero nunca de matrimonio²¹⁴. Entonces: ¿De qué hablamos cuando hablamos de la naturaleza del matrimonio? ¿Es posible entender dentro de una palabra la naturaleza total y completa de un fenómeno? ¿Es posible que el sonido matrimonio efectivamente alcance la naturaleza, dura y profunda, de una institución jurídica?

La idea de la naturaleza del matrimonio y su heterosexualidad se vincula con la tradición *ius naturalista* del derecho y su perspectiva canónica. En ella se señala que la heterosexualidad corresponde a una concordancia con los elementos antropológicos del ser humano, debido a que siempre el matrimonio ha sido la selección del modelo de la relación unitiva y procreativa entre varón y mujer, por lo que finalmente el matrimonio seguiría a la persona humana²¹⁵. Este modelo antropológico del matrimonio se erige sobre la esencia y finalidad de las personas y sus relaciones sexuales, es decir, “el bien conyugal y la procreación y educación de los hijos como finalidad específica de la unión conyugal”²¹⁶. Así, el matrimonio sería una “recta ordenación de la secuencia de la sexualidad humana (...) el matrimonio es en sí mismo una correcta

²¹⁴ En este sentido véase BRITO GUZMÁN, Alejandro. “La especificidad del matrimonio entre los otros tipos de unión sexual” en “El nuevo Derecho chileno del Matrimonio” coord. Álvaro Vidal Olivares, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 35.

²¹⁵ HERVADA, Javier. “Una Caro. Escritos sobre el matrimonio” En, VILADRICH, Pedro Juan. “El Modelo Antropológico del Matrimonio Ediciones”. Madrid, España, Ediciones RIALP S.A., 2001.

²¹⁶ VILADRICH, Pedro Juan. Op. cit. 58.

disposición –una asociación armónica verdadera y buena- entre los elementos antropológicos esenciales de la sexualidad humana”²¹⁷.

Esto debe leerse no como la simple idea de animalidad, de reducir las necesidades de la especie animal a la supervivencia, sino como una manifestación de entender al sujeto dotado de un entendimiento racional y voluntad libre²¹⁸. Ello hace que no sean macho y hembra quienes contraen matrimonio, sino “la unión entre varón y mujer contiene una ordenación espiritualizadora –personalizante- de la mera inclinación sexual corpórea, la cual expresamos en la noción y en la experiencia de la íntima compañía y amor conyugal”²¹⁹. Así, el cuerpo (también el sexo, entonces) y el alma no pueden separarse debido a que el ser humano es una persona corpórea, cuerpo y sexo juntos²²⁰, por lo que separar la sexualidad, procreación y amor (ejercicio dotado de elementos “espirituales” si se quiere) es ir contra de la concepción antropológica del ser humano. En este sentido, el amor sería la expresión de la materialización de los seres humanos (dotados de cuerpo y mente) que se reduce a la expresión *inclinatio naturalis*, que no es sino la inclinación del buen

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Cabe destacar que la idea de procreación en su sentido de “supervivencia de la especie” también ha sido uno de los principales argumentos para defender la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido: “Una cosa es que se les reconozca el *ius conubii* a los impotentes y a los estériles, y otra cosa es que la regulación del matrimonio no presuponga y opere sobre la base del modelo matrimonial como una unión estable entre un hombre y una mujer. Todo lo expuesto no es arbitrario, sino que responde a la idea de asegurar la estabilidad social y el recambio y educación de las generaciones” en MEDINA, Graciela. “Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio”, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-culzoni editores, 2001. p. 267.

²¹⁹ VILADRICH. Op. cit. p. 62.

y verdadero amor sexual entre varón y mujer, que establece una asociación natural entre esta inclinación amorosa y la unión conyugal (que es, a su vez, procreación). Esta yuxtaposición de amor, sexo y procreación es la construcción teórica propia del cristianismo y el derecho natural, que no estaba presente en la época de los romanos o griegos²²¹. Señala FOUCAULT: “el marido fiel (*pistos*) no es aquel que vincula el estado matrimonial con la renuncia a todo placer sexual buscando en otra; es que mantiene hasta el fin los privilegios reconocidos a la mujer por el matrimonio”²²².

Con todo ello entonces, el matrimonio corresponde a la idea de consagrar al ser humano dotado de voluntad racional y capacidad de amar. Aquí el amor tendería a su naturaleza, que no es sino la inclinación de la complementariedad entre hombre y mujer de sentirse atraídos sexualmente vía alma (amor) y vía cuerpo (sexo).

Esta idea es la que está detrás de la negación a los homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio. A la luz de los principios fundantes y naturales del matrimonio, la homosexualidad en una relación marital no tiene sentido: no procrean porque no poseen el *inclinatio naturalis*, por lo que no pueden amar como aman dos cónyuges heterosexuales, por tanto, al Estado no le interesa regularla. En este punto rescato dos argumentos de carácter jurídico

²²¹ Véase FOUCAULT, Michel. Op. cit pp. 157 -167 y DE COULANGES, Fustel Op. cit. pp. 107-113.

²²² FOUCAULT, Michel. Op. cit. p.182.

que fundamentan la imposibilidad absoluta de que pueda existir, el matrimonio entre personas del mismo sexo:

- 1) Se aleja de la estructura natural del matrimonio y la familia: “el carácter antinatural (sin dar a esta expresión contenido moral peyorativo alguno: es puramente descriptivo²²³) de este tipo de uniones, que contradicen objetivamente el sentido –finalidad– natural de la diferenciación y complementariedad sexual: masculinidad y feminidad encuentran su sentido biológico en su respectiva complementariedad, y la procreación de nuevos seres humanos que sigue de su unión. Las prácticas homosexuales contradicen objetivamente, por su misma naturaleza, esa realidad biológica”²²⁴.
- 2) No existe la voluntad conyugal: “su contenido contradice objetivamente un elemento estructural natural del matrimonio, como es la heterosexualidad. Esa voluntad de los convivientes homosexuales, no se apoya, ni objetivamente en la estructura natural esencial del matrimonio y la familia, ni subjetivamente en la existencia de una voluntad susceptible de ser calificada como conyugal (es decir, cuyo contenido sea establecer una relación de

²²³ Entiéndase esto como la visión naturalista recién descrita por Viladrich.

²²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. “Diagnóstico sobre el Derecho de Familia”, Madrid, España, Ediciones RIALP S.A. , 1996. p. 162.

carácter matrimonial) capaz de fundar un vínculo de carácter matrimonial.”²²⁵

Cabe aclarar que la idea de procreación se establece aquí no como una idea circunstancial sino más bien como una institución, con independencia del caso concreto se llegue a tener hijos, ello debido a la idea de que el matrimonio es la mejor vía para poder tener y criar hijos²²⁶. Es por esto que pesar de que personas estériles, viejas o aquellas que simplemente no pretendan tener hijos se casen, ello no obstaría al argumento de la procreación, debido a que estos casos son específicos y excepcionales. En conclusión, la regulación del matrimonio no se rige por las excepciones sino por principios²²⁷.

Siguiendo la argumentación en contra del matrimonio igualitario, pero cambiando la perspectiva, es que habrá que distinguir en las reformas accidentales del matrimonio y reformas esenciales del mismo. Es decir las reformas del matrimonio deben observarse desde una perspectiva jurídica como cualquier otra institución modificada por el legislador. Así “históricamente, en el derecho occidental (derecho canónico originalmente y luego el secular), y culturalmente el matrimonio le ha sido atribuido la caracterización de tres bondades –procreación (o al menos abiertos a tal), fidelidad y compromiso por

²²⁵ *Ibid.* pp. 166-167. El argumento en esta fase parece un tanto tautológico en cuanto considera que la voluntad conyugal no existe porque si dos personas de igual sexo contraen matrimonio no estarían contrayendo matrimonio sino otra cosa por tanto no existiría la voluntad conyugal.

²²⁶ Véase nota 211 del libro. En *Ibid.* p. 168.

²²⁷ Véase MEDINA, Graciela. Op. cit. pp. 264- 268. Este argumento podría tomarse incluso para defender el matrimonio igualitario, ¿por qué no también regular las excepciones del matrimonio que implican las parejas del mismo sexo?

toda la vida²²⁸". Y aquello, establece el autor, se puede observar que "ha habido sólo dos significantes cambios en los componentes esenciales o definitorios del matrimonio en los últimos 200 años [en EE.UU], y quizás en los últimos 2000 años en el mundo occidental²²⁹". A su vez en el derecho comparado sólo el 3% (Holanda, Bélgica, España, Canadá y Sudáfrica²³⁰) acepta el matrimonio homosexual. Estableciendo que la idea del matrimonio homosexual es reciente y limitada en su aceptación en el campo global por lo que no se sabe si será una redefinición a gran escala o bien sólo una tendencia política que se esfumará con el tiempo²³¹. Por lo que la naturaleza del matrimonio, que está desde tiempos bíblicos –señala el autor-, afectará la definición misma de matrimonio.

En Chile los argumentos en contra de un matrimonio igualitario corresponden -algunos más otros menos- a las razones esgrimidas hasta acá. Por lo que daré una breve explicación de los autores chilenos que están contra el matrimonio entre personas del mismo sexo dando referencia explícita a los argumentos *iusnatural*es, canónicos e históricos que se han mencionado.

²²⁸ WARDLE, Lynn. "What is marriage?" en Whittier Journal of Child and Family advocacy Vol. 6:1, 2006. [en la web]: www.heinonline.org, p. 79

²²⁹ *Ibid*. El agregado es nuestro. En este sentido ya hemos esbozado la falacia de este argumento, en cuanto las múltiples modificaciones del matrimonio en la historia. véase Foucault, Michel. *Op. cit.* pp.157-184 y Engels, Federico. *Op. cit.* 232-242.

²³⁰ En el argumento cabe añadir algunos estados de Estados Unidos como Nueva York, California, Hawaii, entre otros, además de Argentina, Uruguay, Nueva Zelanda y el día 23-04-2013 Francia.

²³¹ WARDLE, Lynn. *Op. cit.* p. 65

3.2.1) Matrimonio es una palabra inmutable que aprehende el concepto de hombre y mujer.

En primer lugar, cabe destacar la idea de GUZMÁN BRITO en cuanto a que el matrimonio no puede denominarse como tal si es que no contempla todos sus elementos jurídico-naturales (en el sentido de la naturaleza jurídica inherente al matrimonio). Es por ello que si se rompen los elementos propios del matrimonio, simplemente no podría ser matrimonio el nombre que el legislador le dé. El autor señala: “Mas, si se persistiera en llamar matrimonio a la unión disoluble²³², eso obligaría a buscar otro para la indisoluble. Lo cual sería injusto, ya que la unión indisoluble tiene la ventaja de la posesión prolongada de la palabra matrimonio, de modo que aplicarla a la unión disoluble es un despojo (...) entonces el matrimonio así definido es por derecho natural indisoluble. Cuando la ley lo haga disoluble, deja de ser matrimonio²³³”. En este mismo sentido se expresa Jorge DEL PICÓ en cuanto señala que la heterosexualidad “podría adquirir reconocimiento legal, pero no podrá desvirtuar la realidad natural del matrimonio”²³⁴, aduciendo la naturalidad que MARTÍNEZ DE AGUIRRE le confiere. Entonces, ¿es posible que la palabra matrimonio incluya de manera perfecta la naturaleza de una institución jurídica?

²³² El texto se inserta en el contexto de la polémica del divorcio en el matrimonio civil. Tomo el argumento debido a que es evidente que si la disolubilidad del matrimonio atentara contra el “matrimonio”, la igualdad de sexos dentro del mismo cumpliría la misma función a los ojos de GUZMÁN BRITO.

²³³ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Op. cit. pp. 36-37.

²³⁴ DEL PICÓ RUBIO, Jorge. Op. cit. p. 95.

La idea de que las palabras constituyen obstáculos al entendimiento podemos observarla ya en BACON, quien señala que “las palabras ejercen una extraordinaria violencia sobre el entendimiento y perturban todo, llevando a los hombres a innumerables e inanes controversias y ficciones”²³⁵. Aquí BACON trata de señalar que no debemos confiar en que las palabras nos den la realidad de los fenómenos que se analizan, pues las palabras son construcciones impuestas por la comprensión de las personas que implican un mal entendimiento de los fenómenos analizados. En el mismo sentido, STRAWSON cree que una definición es “una especificación de las condiciones del uso adscriptivo o clasificatorio correcto de una expresión”²³⁶, sin poseer requisitos contextuales, notando que los problemas más frecuentes del lenguaje no son los problemas de análisis y del significado sino más bien los problemas del uso. Así, denotar la idea de que el lenguaje puede utilizarse de manera lógica exacta parece un error; “ni las reglas aristotélicas ni las russellianas dan cuenta de la lógica exacta de cualquier expresión del lenguaje ordinario, porque el lenguaje ordinario no tiene lógica exacta”²³⁷. Entonces, cuando el sonido *matrimonio* se encuentra en el debate sobre un eventual matrimonio igualitario,

²³⁵ BACON, Francis. “La gran Restauración”, Madrid, España, Edición Alianza (Trad. Miguel Granada), 1985. p. 99.

²³⁶ STRAWSON, Peter. “Sobre el referir” en “La búsqueda del significado”, Madrid, España, Tecnos, 1991. p. 77. A pesar de que este argumento no se entiende dentro del mundo jurídico debido a que las definiciones obligan dentro de cualquier sistema legal, la idea de contravenir a Guzmán Brito en este punto corresponde a que él trata de atribuir una definición universal y total sobre el matrimonio más que un respeto irrestricto a la definición del Código Civil. Es por ello que se hace pertinente la cita y el argumento en cuanto no es posible entender de que las palabras puedan aprehender conceptos que, más encima, son modificables por voluntades políticas-legislativas.

²³⁷ Ibid. p. 84.

decir que el matrimonio se define (como lo hacen los ius naturalistas) entre “un hombre y una mujer” parece no entender la posibilidad de la mutación del mismo y sus posibilidades de uso en contextos distintos. Por ejemplo, cuando el artículo 172 del Código Civil Argentino establece que “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.* 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”, ¿podrá entenderse como un no-matrimonio en toda la Argentina?, ¿Qué es lo que celebran dos parejas del mismo sexo en Argentina cuando en el nombre de la ley celebran el acto de sonido “matrimonio” sino es un matrimonio mismo en virtud de las leyes de la Argentina? Parece indudable desde cualquier punto de vista que el matrimonio es, porque ya existe, una institución ordenada por el legislador que prescinde del elemento indisolubilidad (Chile) y heterosexualidad (Argentina, Uruguay, Nueva Zelanda, New York, Hawaii, California, Suecia, Holanda, etc.) entre los contrayentes; y que simplemente va a cambiar mediante los usos y contextos que utilicemos el sonido matrimonio.

3.2.2) El matrimonio es entre hombre y mujer por su finalidad, la procreación.

Aquí se incorpora principalmente la idea de que la finalidad del matrimonio corresponde a la institución familiar por excelencia para generar prole o descendencia. En este sentido se expresa Pablo RODRÍGUEZ GREZ, quien señala que la finalidad está amparada por nuestra Constitución: “El matrimonio en función de sus fines en la Constitución Política de la República, sólo es concebible entre un hombre y una mujer. La Carta Política es clara a este respecto. La familia es un “cuerpo social intermedio” a través del cual se organiza y estructura la sociedad. La protección que se brinda en el artículo 1 inciso 2° de dicho estatuto fundamental, tiene por objeto ‘cumplir sus fines específicos’ (...) nadie podría desconocer que dichos fines específicos están señalados en el artículo 102 del Código Civil, desde hace más de 150 años (...) El matrimonio tiene tres fines esenciales; la comunidad de vida entre marido y mujer (vivir juntos), procreación y auxilio mutuo. Si por naturaleza es imposible que la unión entre 2 personas pueda cumplir con estos fines, no hay matrimonio ni reconocimiento ni protección constitucional ni legal”²³⁸. En este mismo sentido se pronuncia CORRAL, señalando que la imposibilidad de consumar el acto sexual (impotencia *coeundi*) en el matrimonio corresponde a una causal de inexistencia del mismo: “de la mantención de la finalidad procreativa en la definición del art.102 del Código Civil puede deducirse que la imposibilidad absoluta de consumar el matrimonio mediante la cópula sexual puede conducir a afirmar, si ya no la nulidad del matrimonio, la inexistencia del mismo. La

²³⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. “Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias” En, “Actualidad jurídica”, 20 (2009), Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. p. 440.

capacidad de consumar el matrimonio se traslada, entonces, de requisito de validez del mismo a requisito de existencia²³⁹. Por tanto, la mera incapacidad de poder tener relaciones sexuales, o bien la incapacidad para la procreación (esterilidad, falta de voluntad para tener hijos o bien personas ancianas que se casen, etc.) implicaría que los contrayentes, aunque celebren el vínculo del matrimonio, no estarían legalmente casados bajo esta doctrina, por la inexistencia de dicho matrimonio.

La misma idea es también expresada por BARRIENTOS y NOVALES en cuanto señalan que la expresión de "un hombre y una mujer" en el Código Civil "se manifiesta en que la unión heterosexual, supuesto que la esencia del matrimonio viene determinada por sus fines propios, dentro de los cuales se encuentra el de la procreación (...)"²⁴⁰, por lo que la "diversidad de sexos de los contrayentes es, pues, condición esencial del matrimonio, y esta misma nota de esencialidad es la que precisa el campo operativo del *ius connubii*, de modo que ante el evento de la celebración de un pretendido 'matrimonio' entre personas del mismo sexo, para la ley no es matrimonio, pues tal acto no produce efecto alguno (...)"²⁴¹. En este sentido, BARRIENTOS cree que la

²³⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. "Sentido y Alcance de la definición de matrimonio del Art. 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la ley 19.947, de 2004" En, "Revista Chilena de Derecho" vol. 36 n°1, Santiago, Chile, 2009, p. 71.

²⁴⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. Op. cit. p. 187.

²⁴¹ Ibid. p. 188.

diversidad de sexos corresponde a la esencialidad del matrimonio y “precisa el campo operativo del *ius connubii*”²⁴².

Otro autor chileno que manifiesta su adherencia a la idea *ius naturalista* en cuanto al hombre como ser racional que se “complementa” con la mujer es Jorge DEL PICÓ: el matrimonio y su consagración en el artículo 102 del Código Civil “en tanto con las características y finalidades previstas en la norma, [genera] las condiciones óptimas para facilitar la procreación, unida indisolublemente al propósito de asegurar la reproducción de la especie humana”²⁴³. Así, DEL PICÓ se acerca más a los principios *ius naturalistas* (y canónicos) del matrimonio, atribuyendo la heterosexualidad del matrimonio a la concepción antropológica (que el mismo VILLADRICH señala) del ser humano, expresando que “la complementariedad de los sexos como finalidad en sí misma, es el motivo principal del carácter exclusivamente heterosexual de la institución matrimonial civil, sin perjuicio del fundamento de carácter religioso o moral que informa el contenido de la norma jurídica (...)”²⁴⁴. El autor concluye que “la heterosexualidad, por tanto, constituye un fundamento a la base antropológica del matrimonio, en que se deben considerar como principios la diversidad de la modalización sexual de la persona humana, la complementariedad de tal diferenciación y la inclinación natural de los sexos

²⁴² BARRIENTOS GRANDON, Javier. “La inexistencia del matrimonio en el derecho chileno” En, *Revista del Derecho*, Vol. XIX, N°2, Santiago, Chile. p. 65.

²⁴³ DEL PICÓ RUBIO, Jorge. *Op. cit.* p. 177.

²⁴⁴ *Ibid.* p. 178.

entre sí en orden a la generación”²⁴⁵.En consecuencia, DEL PICÓ también sería de aquellos autores que ve en el matrimonio mismo, por su base antropológica canónica, la heterosexualidad de la relación.

Todos los autores señalados concuerdan en que la inexistencia del matrimonio entre personas del mismo sexo se debe a la imposibilidad de las parejas homosexuales de procrear. Es decir, plantean que el matrimonio es una institución que promueve y busca la procreación ora para la continuación de la especie humana ora para seguir la concepción antropológica del ser humano (una complementariedad del hombre con la mujer). Así, si la procreación se ve como un fundamento básico de la institución del matrimonio, se estaría a favor de la inexistencia de todos aquellos matrimonios en que no existe posibilidad de procrear: ancianos, personas con imposibilidad de tener relaciones sexuales (impotencia *coeundi*), personas que no pretenden tener relaciones sexuales e incluso personas que no pretenden tener hijos.

Surge entonces la duda ¿es posible penalizar a personas en un Estado de Derecho, que consagra la libertad e igualdad de las personas en dignidad y derechos, a no poseer la misma capacidad jurídica –es decir, impedir contraer matrimonio- por su incapacidad de o negación a generar descendencia? La cuestión debe analizarse a la luz de nuestra Constitución.

²⁴⁵ Ibid.

3.3) Respuesta a la luz de los principios constitucionales a la imposibilidad de los homosexuales de contraer matrimonio

El quid del asunto está en cuál es la naturaleza del matrimonio y si es que aquella la podemos establecer como “la capacidad de procrear”. Por lo que antes de entrar en ella cabe mencionar que la idea de que los homosexuales no puedan contraer matrimonio en Chile consiste en una penalidad (una sanción o prohibición, una coacción a su libertad): el que una persona, libre e igual en derecho, por su orientación sexual, se le impida contraer matrimonio corresponde a un detrimento a su capacidad jurídica en asuntos civiles violando la igualdad ante la ley, igualdad en derechos, etc.; por su homosexualidad se les impide suscribir contratos, controlar sus bienes a su voluntad, acceder a beneficios legales y/o tributarios, etc. La excusa es que el matrimonio, en su naturaleza, no concibe celebrarlo entre dos personas del mismo sexo; la razón: imposibilidad de cumplir su finalidad, ¿Cuál? procrear.

La capacidad de procrear como elemento esencial del matrimonio corresponde a una vieja tradición que pasa desde los romanos hasta el derecho canónico²⁴⁶ incorporándose en nuestro ordenamiento chileno a través del Código Civil. Así

²⁴⁶ CIC 1917 can. 1013: “§ 1. La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario. CIC 1983 can. 1055 § 1. “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”;

el profesor Carlos Salinas cree que Bello se inspiró en los siguientes elementos a la hora de redactar el 102 del Código Civil:

- i) tiene a la vista las fuentes romanas, en las que, tanto en Digesto (Modestino) como en las Instituciones de Justiniano (Ulpiano), se expresa la comunión de los cónyuges en todas las contingencias de la vida, su participación en el mismo destino;
- ii) tiene a la vista el texto de Partidas que le proporciona, en general, la estructura del concepto;
- iii) a través de Partidas recibe el influjo indirecto del Derecho canónico, recogido en el texto alfonsino, influjo que, es lo más probable, fuera también directamente con el manejo del Corpus Iuris Canonici y de la literatura canónica posterior;
- iv) los textos canónicos, en especial el Decreto y las Decretales, recogen el concepto romano de matrimonio (Ulpiano) y, no obstante las variantes introducidas, ponen de relieve la idea de compartir vida, participando en el mismo destino²⁴⁷

Entonces la idea de la procreación – y de paso el *ius conubii* también- se consagra desde una perspectiva *iuscanónica* y *iusnaturalista*. Por lo que el acto

²⁴⁷ SALINAS ARANEDA, Carlos. “El concepto de Matrimonio en el Código Civil de Chile: una lectura canónica”, Valparaíso, Chile, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XIX, 1998. p. 86

sexual como fin reproductivo y una expresión de amor²⁴⁸, elementos que se pueden encontrar a su vez en la idea de Viladrich y Martínez de Aguirre, no son más que visiones católicas del mundo y materialización de la concepción antropológica que ellos persiguen. Porque tal visión trata de darle un significado en sí mismo al *ser humano*, que es aquél que debe complementarse con la mujer y buscar el *amor real*; descartando una visión que contemple distintas respuestas a la problemática existencial del ser humano.

Los argumentos que se utilizan para poder entablar una naturaleza al matrimonio, en virtud de una concepción canónica y iusnaturalista del matrimonio del ser humano, debe ser rechazado. Porque la tribuna de discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo está en un ordenamiento jurídico que entiende la sociedad como secular y laica; además que se debe tratar, para la consecución de una teoría de la justicia, de obtener imparcialidad en el espectro jurídico, y aquello falla debido a que “las únicas doctrinas comprensivas que se apartan de la razón pública son aquellas que no pueden servir de soporte a un equilibrio razonable de valores políticos²⁴⁹”. Y es precisamente lo que sucede acá: por entender la posición católica-natural del

²⁴⁸ Véase BRUDAGE, JAMES. “La Ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval”, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 En: “Igualdad y Matrimonio homosexual frente al Derecho Constitucional” de GALLEGO SAADE, Javier (Inédito). Agradezco a Javier la amabilidad de poder revisar su trabajo en desarrollo para poder sacar algunas ideas que complementan el trabajo.

²⁴⁹ RAWLS, John. “Liberalismo Político”, 5ª edición, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 230

matrimonio se rompe la idea de una consagración de igualdad de derechos cuando se le impide a personas del mismo sexo contraer matrimonio.

La negación del matrimonio homosexual es está en aquella concepción del ser humano que posee un cuasideber de complementariedad entre un hombre y una mujer, estableciendo que el matrimonio es una consagración de la persona humana en cuanto entiende el cuerpo (*inclinatio naturalis*) y al espíritu (a través del acto “amar”). Por tanto sólo aquella manifestación de amor (‘la verdadera’) conllevaría, a través del acto sexual, la procreación. Este argumento debe ser rechazado por arbitrario. Ello debido a que la concepción de persona el cual maneja un sistema constitucional, presenta a los seres humanos con una capacidad de razonar y proporcionar sus propias decisiones sobre qué y quiénes deben ser su “complemento” y a “quién” deciden amar. Rawls señala: “los ciudadanos son libres en la medida en que conciben a sí mismos y unos a otros como poseedores de la capacidad moral para tener una concepción del bien (...) capaces de revisar y cambiar su concepción, fundados en elementos razonables y racionales, y pueden hacer esto si así lo desean.²⁵⁰” Por lo que la concepción antropológica del ser humano prescinde de la posibilidad de que las personas puedan decidir por ellos mismos sus propias concepciones del bien, coartando lo que Rawls llama “su identidad no institucional, o moral²⁵¹”. Por lo que el argumento corresponde más bien a uno de tinte moral, fundado en

²⁵⁰ *Ibid.* pp. 51-52

²⁵¹ *Ibid.*

doctrinas religiosas de carácter sectario que no responde a una sociedad pluralista²⁵².

El otro argumento a responder es a la excesiva preocupación a la *procreación*. Como bien vimos la idea detrás de la negación de un matrimonio homosexual está en que el matrimonio produce las condiciones óptimas para la procreación por tanto, sin procreación no hay matrimonio.

En este sentido nos vamos al meollo del asunto: ¿es posible penalizar a una persona, por no poseer la capacidad para poder procrear, negándole la capacidad jurídica de contraer matrimonio, como sostiene Corral, porque no existe acto sexual? Parece un exceso. La idea de Corral se aleja de la realidad porque se haría imposible impedir o declarar inexistentes matrimonios en los cuales las parejas tienen imposibilidad de consumar el vínculo marital. Nunca ha sido, al menos desde la aprobación de la Ley de Matrimonio Civil, declarar como inexistentes los matrimonios en los cuales se les impida la procreación o bien tener relaciones sexuales. Es más, la idea de la nulidad ante la imposibilidad de “procrear” ya era mal vista por nuestra jurisprudencia por lo que no siempre se rescataba como causal de nulidad la imposibilidad de procrear²⁵³:

²⁵² NUSSBAUM, Martha. “A right to marry? “Same-sex marriage and Constitutional law”, Dissent, Vol.56, n°3, 2009. [versión en la web] : <http://www.sjsu.edu/people/albert.filice/courses/phil61/s6/Marta%20Nussbaum.pdf> p.5

²⁵³ Artículo 4 n°3 de la Antigua Ley de Matrimonio Civil.

“el fin de la procreación puede no existir en la mente de los contrayentes y en la realidad física de ellos, especialmente cuando se trata de matrimonios de personas de edad avanzada, sin que por ello se haya creado una causal de nulidad por impotencia; pensar lo contrario sería sostener la prohibición legal de contraer matrimonio a los ancianos, lo que no está ni ha estado en el ánimo del legislador²⁵⁴”.

A su vez los mismos parlamentarios en el Boletín 1759-18 estimaron como uno de los principales objetivos del proyecto era “impedir que se anule el matrimonio si uno de los cónyuges sufre impotencia perpetua e incurable, cuando esta circunstancia haya sido conocida por el otro cónyuge antes de contraer matrimonio (artículo 5º, Nº 5)²⁵⁵”. Esta idea llevó finalmente a que la causal original, presentada por el Ejecutivo, en cuanto declaraba la nulidad en casos de impotencia *generandi* o *couendi*, a no establecerla como norma propiamente tal. Por tanto la procreación puede ser interés del matrimonio pero no una causal de inexistencia ni de nulidad del mismo debido a que el matrimonio civil no tiene como único fin la procreación ni el acto sexual²⁵⁶. En este sentido “la

²⁵⁴ C. Santiago, 1 de julio 1958. R., t. 55, sec. 2ª, p.54. Cabe decir igualmente que la idea de Corral se refiere a la imposibilidad de tener relaciones sexuales por una impotencia o deformación de los órganos sexuales que impiden el acto sexual (*impotencia couendi*), mientras que la Corte de Apelaciones junta la causal de imposibilidad de procreación (*impotencia generandi*) con la causal de imposibilidad de tener relaciones sexuales (*couendi*).

²⁵⁵ Cámara de Diputados, Boletín 1759-18 en Historia de la Ley 19.947. p. 1824. [en la web: www.bcn.cl]

²⁵⁶ Igualmente la doctrina ha entendido la infertilidad podría alzarse como fundamento de nulidad matrimonial consagrado en la letra b) del artículo 44 de la LMC, cuando la falta de consentimiento libre y espontáneo fuere consecuencia de un error recaído en una cualidad personal del otro cónyuge (Art. 8 número 2 LMC) que, precisamente, consistiera en su "fertilidad" si ella ha sido determinante para prestar el consentimiento matrimonial, porque quién

creencia que el sólo o primer propósito del matrimonio es concebir y criar hijos deriva de las enseñanzas religión cristiana. Sin embargo, el decreto del segundo concilio del Vaticano, por ejemplo, no promulga más este exclusivo propósito del matrimonio²⁵⁷ así podría verse el canon 1084 del Código Canónico de 1983 § 3, norma que dispone expresamente que “la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio”.

La idea de poder separar el matrimonio canónico y civil en este sentido tiene que ver con las finalidades que estos mismos poseen. Es verdad que desde una perspectiva canónica, basada en *su* concepción antropológica, puede ser la procreación y la crianza de los hijos su finalidad. Pero aquello no se condice en un Estado de derecho democrático. Las relaciones entre las personas deben observarse en virtud de los principios constitucionales que rigen nuestra sociedad, por lo que el matrimonio debiera leerse en una perspectiva dinámica capaz de aprehender la evolución de la sociedad y los principios constitucionales, que son la igualdad entre los ciudadanos y la no interferencia en la vida privada de los mismos²⁵⁸. Por ello se hace relevante destacar que en el matrimonio entre personas del mismo sexo componen los dos componentes

ha errado tenía en cuenta el preciso fin de la procreación. Por lo que no sería la infertilidad en sí misma la razón de nulidad sino el error esencial en la persona. Véase BARRIENTOS y NOVALES. Op. cit. p. 174

²⁵⁷ KINDREGAN, Charles. “Religion polygamy and non-traditional families: despair views on the evolution of marriage in history and in the debate over same-sex unions”, *Suffolk University Law Review*, Vol. XLI: 1, 2007. p. 44

²⁵⁸ *Ibid.*

más significantes del matrimonio tradicional: la intimidad y la estabilidad²⁵⁹, por lo que a los ojos de la Constitución no existiría impedimento alguno para poder llevar a cabo el matrimonio si es que ni procreación, ni la “consumación del matrimonio” se llevan a cabo. Así en esta fase del argumento sobre el “ambiente propicio” de la crianza en los niños, nos concentramos más bien, en el interés superior del niño más que en la posibilidad de que los homosexuales puedan contraer matrimonio, no siendo cosas intrínsecamente relacionadas. Así el único argumento que pudiese existir para que el matrimonio entre personas del mismo sexo sea negado sería que “el Estado estableciera, primero, que la homosexual es una enfermedad y segundo, que la prohibición se acerca a la idea de eliminar tal enfermedad²⁶⁰”, algo totalmente impensado desde la óptica del concepto de persona y desde una perspectiva amplia de familia. Así la idea de procreación, sexo y sexualidad no es parte de la idea de matrimonio civil porque no se sustenta en los principios antropológicos de la Iglesia Católica, por tanto la heterosexualidad en el matrimonio tampoco sería asunto del matrimonio mismo.

Cabe por último rescatar por qué no sería preocupación del Estado de Derecho el que la sexualidad y la procreación sea interés del matrimonio como

²⁵⁹ VV.AA, “The constitution and the family”, Harvard Law Review, vol. 93-1156 (1980) p. 1285. Esta posición por otro lado no es pacífica, ello debido a que existen autores que consagran en el *affectio maritalis* como el *núcleo* del matrimonio como lo señala MERIN, Youval, “en el siglo XX el amor se ha convertido en el en el objetivo y razón sino la más importante la única dentro del matrimonio”. Op. cit. p. 28.

²⁶⁰ VV.AA, Op. cit. p. 1287

institución. Tal idea debe analizarse desde la óptica del derecho a la intimidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En la preocupación sobre la procreación, subyace la idea en cómo se relacionan sexualmente las parejas casadas. Así cuando el derecho civil se concentra en cómo se llevaría a cabo la sexualidad en una pareja (casada), se produce una intervención del Estado en la esfera íntima de las personas vulnerando el artículo 19 n°4 de la Constitución. El fomentar la “reproducción de la especie humana” en “condiciones coherentes a nuestra sociedad” peca de preocuparse ex-ante de los niños, involucrándose en uno de los asuntos más íntimos de la persona humana, la sexualidad. Puede ser que al Estado le preocupe la prole nacida en su territorio y que se consagre el principio del interés superior del niño para ello, pero aquello sólo puede suceder una vez nacido el niño y no ex-ante del mismo, porque eso implicaría meterse en las relaciones sexuales de las parejas. El prohibir el matrimonio debido a que no se cumple la finalidad de la procreación es preocuparse de cómo se va a llevar a cabo la vida sexual de una pareja que contrae matrimonio (es decir si tendrán o no relaciones sexuales, de qué forma tendrán relaciones sexuales, si pretenden o no querer tener hijos, etc.) y aquello es una vulneración grosera al derecho de la intimidad. Al legislador no puede importarle si la pareja que se casa tiene impotencia *generandi* o *couendi*, si hay pretensión de tener hijos o no, si consuman el matrimonio o no, debido a que aquello se refugia necesariamente en la privacidad de las personas y no en el Estado. Por tanto el prohibir el

matrimonio debido a que no se cumple la finalidad del mismo en cuanto a procrear es extralimitar la actuación del Estado, e insertar un germen de inconstitucional en la actuación del Estado por lo que no debería permitirse. La preocupación de la procreación puede importarle al Estado pero no al punto de impedir que dos personas puedan generar un contrato o una familia; la preocupación del Estado por la procreación debe ser siempre resguardando el derecho a la intimidad de las personas y los derechos fundamentales.

Así la preocupación excesiva de la procreación genera una inconstitucionalidad en la figura del matrimonio. La idea de resguardar la procreación en el matrimonio (este es el argumento en contra de la parejas homosexuales) es una idea heredada del derecho canónico que sólo tiene sentido en virtud de la concepción antropológica católica del mismo y no en la *concepción política de persona*. Así, aunque fuese cierto de que el matrimonio trata de proteger la supervivencia del ser humano, el Estado no puede violar derechos fundamentales para garantizar aquello. La idea de una inspección sobre quién puede o quién no puede tener hijos es excesiva y arbitraria; que el Estado se preocupe de la procreación a través de un scanner sobre la capacidad sexual y engendradora de los ciudadanos casados es excesivo no siendo coherente con un Estado de Derecho democrático.

4) Conclusión

Dentro del capítulo se realizó un análisis al matrimonio desde un punto de vista histórico y jurídico que, a su vez, se separó en dos vertientes: su naturaleza jurídica y su calidad de institución civil subsumida a la Constitución.

Del el análisis histórico se pudo concluir, al igual que en el capítulo sobre la familia, que la dinámica del matrimonio se ha modificado a lo largo del tiempo. Las razones que dan existencia al matrimonio no son las mismas que hace 5000 años atrás, entendiéndose que, en un primer momento, no fueron sino razones religiosas (DE COULANGES) o bien económicas (FOUCAULT, ENGELS) las que impulsaron tal institución. De hecho, no existen vestigios que hagan entender que el matrimonio consistía en una institución en que un hombre y una mujer monopolizan sus placeres sexuales el uno con el otro como hoy en día²⁶¹. Es sólo con la llegada del cristianismo que podemos entender el amor y el monopolio sexual en la pareja como motores del matrimonio. Así lo explica FOUCAULT: "Si queremos separar el matrimonio griego de las implicancias afectivas y personales que, en efecto, adquirirán mucha más importancia posteriormente, si queremos distinguirlo de las formas posteriores de la conyugalidad, nos vemos llevados por un movimiento a la inversa a conciliar demasiado la moral austera de los filósofos y ciertos principios de la moral cristiana"²⁶².

²⁶¹ Véase art. 54 LMC n°2.

²⁶² FOUCAULT, Michel. Op. cit. p. 165.

Para los juristas contrarios al matrimonio entre personas del mismo sexo, el matrimonio se configura como un derecho natural, consagrándose el *ius connubi* como el derecho pre-estatal de las personas a casarse. Con ello, el análisis histórico hace preguntarnos ¿qué clase de elementos hacen entender el matrimonio como natural? Este elemento se configuraría como previo al Estado y revelador en torno a la naturaleza inmutable del mismo matrimonio: al ser un derecho esencial y previo al Estado, en caso de cambiar el matrimonio, éste deja de llamarse matrimonio pasándose a llamar y ser otra forma distinta al matrimonio. Además, éste está configurado no en torno a las *personas* sino al *hombre* y la *mujer* (como, por ejemplo, lo señala el art. 32 de la Constitución española). Esto es determinante debido a que sólo un hombre y una mujer lo pueden contraer con el afán institucional para procrear. Sin embargo, el derecho supraconstitucional del *ius connubii* cae en una paradoja: al ser un derecho natural pre-estatal no se entiende de qué forma es posible contraer matrimonio debido a que ésta es una institución que se enmarca en un Estado, por tanto no existe el matrimonio en este plano de la argumentación.

A pesar de las incongruencias lógicas en que cae el *ius connubii*, hemos tenido siempre latente el elemento de la procreación como un elemento natural. Aquel elemento ha sido constante y permanente a lo largo del tiempo a pesar de las razones que lo han inspirado. Entonces, ¿es posible entender la procreación como elemento *esencial* del matrimonio? En nuestro entender no, debido a que la fundamentación del matrimonio se ha basado principalmente en

una concepción católica de persona y no política de la misma, por lo que no se respeta un derecho básico de las personas: el que ellos mismos puedan determinar sus propias concepciones del bien. La procreación como elemento determinante se inspira en una concepción católica del matrimonio (el amor): la *complementariedad del ser humano* es un elemento que no puede traspasarse al resto de los seres humanos porque no todos se adhieren a tales concepciones de amor, dada la libertad de conciencia y la libertad de desarrollar sus propios proyectos de vida que son básicos en cualquier Estado democrático de Derecho. Por último, la procreación tiene dos problemas relevantes: (1) no se justifica sancionar a todas aquellas parejas que no pretenden o no pueden tener hijos. Así, los ancianos, estériles o simplemente los que no quieran tener hijos serán privados injustamente de una capacidad jurídica; y (2) el Estado no puede inmiscuirse *ex ante* en la procreación porque eso es preocuparse de uno de los aspectos más íntimos de las personas: la sexualidad. Por tanto, en la medida en que al Estado le preocupe cómo se lleva a cabo la sexualidad, estaría vulnerando el derecho de intimidad resguardado por nuestra Constitución. Con ello parece sumamente incorrecto penalizar a personas, por no querer o no poder tener descendencia, a no tener la misma capacidad jurídica que cualquier persona dentro de un Estado de Derecho.

Es por ello que no existe ninguna razón, desde la óptica propia del matrimonio, para impedir que dos personas del mismo sexo.

CONCLUSIÓN

Dentro del análisis jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo hemos podido observar que desde de una perspectiva constitucional no existiría problema para legislar, promover e incluso impulsar el matrimonio igualitario. Esto porque dentro de los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico, en general, y de la familia y el matrimonio, en particular, se consagra la libertad e igualdad en las personas que hace que las familias deban entenderse de manera amplia, sin entorpecer las decisiones individuales que tengan que ver con los proyectos de vida de cada uno de los ciudadanos en un Estado de Derecho democrático. Además, no es posible entender, dentro de un Estado que vele por los derechos fundamentales de las personas, que el matrimonio se fije por parámetros morales comunes en perjuicio de deliberaciones individuales sobre los proyectos de vida.

En el primer capítulo se pudo establecer que en virtud de la libertad, consagrada en el art. 19 n°4 y n°7, además del artículo 1° de nuestra Constitución, puede entenderse que el Estado protege la intimidad de las personas y sus proyectos de vida individuales, además de proteger las decisiones de cada individuo. En el capítulo II se pudo apreciar que la familia debe entenderse como *amplia* porque ésta es la única manera de poder comprender los distintos modelos de vida y compatibilizarlas con un Estado preocupado por los derechos fundamentales de las personas; ello, a su vez, no

sólo concuerda con una interpretación sistemática de la Constitución, sino además, con la doctrina mayoritaria y con la voluntad de los mismos constituyentes. Por último, el matrimonio entendido como *naturalmente* entre personas de distinto sexo no se condice con los dos primeros capítulos expuestos, ello debido a que no sólo no respeta la libertad de las personas a decidir sus propios proyectos de vida sino además no respeta la igualdad en derechos que deben tener todas las personas. Asimismo, el que la diversidad de sexos sea *natural* proviene de concepciones de persona que no se originan en un acuerdo político sino en una moralidad común de la Iglesia Católica. Esto quiere decir que existe un correlato entre la *naturalidad* del matrimonio y los estándares del derecho canónico, que si bien pueden ser atendidos dentro de una comunidad –como la Iglesia-, no pueden ser adoptadas por un Estado de Derecho. Del mismo modo, la regulación en torno a la *procreación* no puede ser entendida como un *fin esencial* dentro del matrimonio, esto porque implicaría que personas que no pueden o no quieren tener hijos disminuirían injustamente su capacidad jurídica en pos de una moralidad común que es antagonista a la libertad de las personas. Aún más, el entender la procreación como un *fin esencial del matrimonio* implicaría que el Estado se inmiscuyera en uno de los asuntos más íntimos de las personas, como es la sexualidad, porque finalmente la preocupación por la procreación es, en concreto, sobre si las parejas maritales están o no teniendo relaciones sexuales, algo imposible de compatibilizar con un Estado de Derecho.

Ante este panorama cabe hacer una última reflexión al respecto y es que con el análisis realizado ¿podríamos considerar inconstitucional la norma del artículo 102 del Código Civil?; ¿qué obligación tienen las distintas instituciones del Estado en cuanto al tema?; ¿debería, ante una solicitud de particulares, declararse inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 102 del Código Civil o es materia, exclusiva y excluyente, del legislador establecer los parámetros correctos en torno a un matrimonio ajustado a derecho? A pesar de que las preguntas acá esgrimidas se alejan del foco expuesto en la introducción y que es evidente una opinión con un *background* mucho mayor, pareciera ser que los innumerables argumentos expuesto hasta aquí dan pie para que no sólo el legislador sea encargado de redactar un igualitario artículo 102 del Código Civil sino que, ante una petición (como por ejemplo en el caso del Tribunal Constitucional rol 1881-2010), debiese declararse inaplicable por no ser un correlato fidedigno ni acabado de la Constitución. Esto, además, implicaría que pudiese existir un bombardeo de inaplicabilidades que conllevarían a la derogación del artículo 102 del Código Civil a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma y que, finalmente, sea el Tribunal Constitucional el que dé las directrices de cómo legislar. Este panorama, bastante plausible a mi entender, podría ser una excelente estrategia para poder legislar al respecto, como ya ha sido utilizado en estados como Vermont o Hawaii. Punto que, evidentemente, se escapa de la memoria, por lo que simplemente dejo la idea planteada.

Así entonces, la consagración de un matrimonio igualitario es posible en nuestro país, siempre y cuando Chile entienda a sus ciudadanos como sujetos de derechos capaces de tomar sus propias decisiones en torno a su propia vida. Algo básico en cualquier Estado que se llama a sí mismo de *Derecho y democrático*.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "El derecho esencial a contraer matrimonio" En, VIDAL OLIVARES, A. (coord.) El nuevo derecho chileno del matrimonio (Ley n°19.947 de 2004)" Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- 2) ARISTÓTELES. "La política", Madrid, España, Instituto de Estudios Políticos (trad. J.María y M. Araujo), 1970.
- 3) ASÚA GONZÁLEZ, Clara. "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Reflexiones al hijo de la ley 13/2005" En, Revista "Nuevas familias y principio de igualdad: un debate abierto", San Sebastián, España, colección Jornadas de Derechos Humanos n°9, 2005.
- 4) BACON, Francis. "La gran Restauración", Madrid, España, Edición Alianza (Trad. Miguel Granada), 1985.
- 5) BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu. "Nuevo Derecho Matrimonial chileno", 2° edición, Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2004.
- 6) _____. "La inexistencia del matrimonio en el derecho chileno" En, Revista del Derecho, Vol.XIX, N°2, Santiago, Chile.
- 7) BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. "La reinención de familia: En busca de nuevas formas de convivencia", 2° edición, Barcelona, España, Paidós, 2003.
- 8) BECKER CASTELLARO, Sebastián. "Interpretación liberal (rawlsiana) de la igualdad", En, III Congreso de Derecho Humanos días 5, 6 y 7 de Septiembre 2012, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 9) _____. "La libertad como valor fundamental en nuestro ordenamiento jurídico" En, V Congreso de Teoría Constitucional Estudiantil días 16 a 20 de agosto, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- 10) _____. "El concepto familia en el ordenamiento jurídico chileno" [inédito].
- 11) BERLIN, Isaiah. "Dos conceptos de libertad" En, Libertad y Necesidad en la historia (trad. De Julio Bayón). Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1981.

- 12)_____. “La traición de la Libertad, Seis enemigos de la libertad humana”, México D.F., Fondo de Cultura económica, 2006.
- 13)BOBBIO, Norberto. “Igualdad y Libertad”, Barcelona, Paidós, 1993.
- 14)_____. “El futuro de la democracia”, México D.F., Fondo de cultura económica, 2001.
- 15)BRITO GUZMÁN, Alejandro. “La especificidad del matrimonio entre los otros tipos de unión sexual” En, “El nuevo Derecho chileno del Matrimonio” coord. Álvaro Vidal Olivares, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- 16)BRUDAGE, James. “La Ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval”, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.
- 17)CEA EGAÑA, José Luís. “Derecho Constitucional chileno tomo I”, 2º edición, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008
- 18)CORRAL TALCIANI, Hernán. “Familia sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?” En, Revista Chilena de Derecho, Santiago, Chile, 21 n°2 (1994)
- 19)_____. “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho”, En, Revista Chilena de Derecho, Santiago, Chile, 17 (s/n), 1990.
- 20)_____. “Ley de Divorcio. Las razones de un no”. Estudios de Derecho Actual, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2001.
- 21)_____. “Sentido y Alcance de la definición de matrimonio del Art. 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la ley 19.947, de 2004” En, “Revista Chilena de Derecho” vol. 36 n°1, Santiago, Chile, 2009.
- 22)DE COULANGES, Fustel. “La Ciudad Antigua”, 3º Edición, Buenos Aires, Emece editores, 1945.
- 23)DEL PICO RUBIO, Jorge. “Derecho matrimonial Chileno”, Santiago de Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010.
- 24)DIEZ URZÚA, Sergio. “Personas y valores. Su protección Constitucional”, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1999.

- 25) DWORKIN, Ronald. "Los derechos en serio", Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1999.
- 26) ENGELS, Federico. "El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado en Obras Escogidas", Moscú, Rusia, Editorial Progreso, 1966.
- 27) ESPEJO YAKSIC, Nicolás. "La Garantía de la no discriminación y el principio de la igualdad" En, Cuadernos de análisis jurídico: igualdad, libertad de expresión e interés público", publicación Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000
- 28) FERRAJOLI, Luigi. "Derechos y Garantías. La ley del más débil", Madrid, España, Editorial Trotta, 2001.
- 29) FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. "Derecho Civil de la persona. Del Genoma al nacimiento", Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2001.
- 30) _____ . "Persona, pareja y familia", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- 31) FIGUEROA, Rodolfo. "Igualdad y discriminación", En, Cuadernos de análisis jurídico: igualdad, libertad de expresión e interés público", publicación Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2000
- 32) FOUCAULT, Michel. "La historia de la sexualidad. Tomo II: El uso de los placeres", 30ª Edición, Madrid, España, Siglo XXI, 2006.
- 33) GARCÍA ACUÑA, Natalia. "El concepto de familia en la Constitución". Tesis (Licenciado(a) en ciencias jurídicas y sociales) Profesor guía: Pablo Ruiz-Tagle. Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.
- 34) GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. "Derechos sociales e igualdad", En, Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política: congreso estudiantil de derecho y teoría constitucional: 2003-2005-2007: artículos seleccionados, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2009.
- 35) GIL DOMINGUEZ, Andrés. Matrimonio igualitario y derecho constitucional: ley 26.618, Buenos Aires, Argentina, Editar, 2010.
- 36) HABERMAS, Jürgen. "La Constelación posnacional: Ensayos políticos", Barcelona, España, Paidós, 2000.
- 37) HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. "Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo", Santiago de Chile, Editorial ARCIS, 2009.
- 38) HERRERA, Carlos Miguel. "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", Revista de Estudios públicos, n°86, 1994.

- 39) HOBBS, Thomas. *Leviatán* (Trad. Manuel Sánchez Sarto), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1940.
- 40) ISLER SOTO, Erika. "Los principios de la Ley 19.947: análisis y desarrollo" En: *Ars Boni et Aequi*, 2009. En la web: dialnet.unirioja.es
- 41) IZQUIERDO, Gonzalo. "Sobre la libertad Política", Santiago de Chile, Ediciones universitarias Universidad de Concepción, 1980.
- 42) KINDREGAN, Charles. "Religion polygamy and non-traditional families: despair views on the evolution of marriage in history and in the debate over same-sex unions", *Suffolk University Law Review*, Vol. XLI: 1, 2007.
- 43) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. "Diagnóstico sobre el Derecho de Familia", Madrid, España, Ediciones RIALP S.A., 1996
- 44) MEDINA, Graciela. "Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio", Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-culzoni editores, 2001.
- 45) MERIN, Youval. "Equality for same-sex couples". Chicago, The University of Chicago Press, 2002.
- 46) MILL, John Stuart. "Ensayo sobre la libertad", Madrid, España, Mestas Ediciones, 2006.
- 47) NAGEL, Thomas. "Rawls y el liberalismo". Santiago de Chile, Estudios públicos, 97 (verano 2005).
- 48) NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "Constitución y Familia". En, *Revista de Derecho*, año VIII, Nº 8-2004. Universidad Finis Téréea. pp.27-32.
- 49) NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas", Santiago, Chile, AFDUDC, 10, 2006.
- 50) _____ . "Instituciones políticas y teoría de la Constitución, volumen II", Santiago de Chile, Editorial Universidad de Talca, 2001.
- 51) NUSSBAUM, Martha. "A right to marry? Same-sex marriage and Constitutional law", *Dissent*, Vol.56, n°3, 2009. Versión en la web: <http://www.sjsu.edu/people/albert.filice/courses/phil61/s6/Marta%20Nussbaum.pdf>
- 52) PALAVECINO CÁCERES, Claudio. (Ponencia) "Reconocimiento de las convivencias en la legislación de Seguridad Social" En, seminario

- “Convivencias y pactos de unión civil” organizado por el Departamento de Derecho Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (19 de noviembre de 2009).
- 53) PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. “¿Hay razones constitucionales fuertes a favor de un estatuto igualitario?” En, Instituciones modernas del derecho civil (Santiago de Chile, Editorial ConoSur, 1996)
- 54) RAMOS PAZOS, René, “Derecho de Familia Tomo I”, 6° Edición, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006)
- 55) RAWLS, John. “Liberalismo Político”, 5° edición, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- 56) _____. “Teoría de la Justicia”, 2° edición, México D.F. Fondo de cultura económica, 2010.
- 57) RIBERA NEUMANN, Teodoro. “El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución” En, ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, “Temas actuales de derecho constitucional libro homenaje a Mario Verdugo Marinkovic”, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2009.
- 58) RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. “Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias” En, “Actualidad jurídica”, 20 (2009), Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2009.
- 59) RUIZ-TAGLE, Pablo y CRISTI, Renato. “La República en Chile”, Santiago de Chile, LOM ediciones, 2006.
- 60) SABINE, George. “Historia de la teoría política”, Bogotá, Colombia, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- 61) SALINAS ARANEDA, Carlos. “El concepto de Matrimonio en el Código Civil de Chile: una lectura canónica” En, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XIX, Valparaíso, Chile, 1998.
- 62) SCHMIDT HOTT, Claudia. “La constitucionalización del Derecho de Familia” En, Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. MARTINIC, María Dora y TAPIA, Mauricio (Directores). Santiago, Chile, Editorial LexisNexis, 2005.
- 63) SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “Tratado de derecho constitucional tomo IV: La Constitución de 1980”. 2° edición, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2000.

- 64) STRAWSON, Peter. "Sobre el referir" en "La búsqueda del significado", Madrid, España, Tecnos, 1991.
- 65) TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. "Constitucionalización del Derecho de familia(s). El Caso Chileno: Las Retóricas Declaraciones Constitucionales frente a la Lenta Evolución Social" En, Revista Chilena de Derecho Privado, nº 8, Santiago de Chile, Fundación FueyoLaneri, 2007.
- 66) TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel. "La cuestión no cerrada del matrimonio homosexual" En, Revista de Estudios jurídicos nº10/2010 (Segunda época) ISSN 1576-124X, España, Universidad de Jaén (España), 2010. Versión electrónica: rej.ujaen.es.
- 67) TURNER SAELZER, Susan. "Tendencias constitucionales relativas a la protección de la familia" En, Estudios de Derecho Civil IV. VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Universidad Diego Portales – Olmué – 2008. PIZARRO WILSON, Carlos (Coord.) Santiago, Chile, Editorial LegalPublishing, 2009.
- 68) VILADRICH, Pedro Juan. "El Modelo Antropológico del Matrimonio". Madrid, España, Ediciones RIALP S.A, 2001.
- 69) VV.AA, "The constitution and the family", Harvard Law Review, vol. 93-1156 (1980).
- 70) WARDLE, Lynn. "What is marriage?" En, Whittier Journal of Child and Family advocacy Vol. 6:1, 2006. en la web: www.heinonline.org